

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS GESTIÓN 2009-2010



Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

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

Obra: *“Precedentes Administrativos Gestión 2009 - 2010”.*

Primera edición

Todos los derechos reservados de esta edición
Registro de Propiedad Intelectual

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

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

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

La Paz - Bolivia

INDICE

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS GESTIÓN 2009-2010	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	7
A	
A.1. De la antinomia o conflicto de normas	8
A.2. Presentación de Alegatos Imprecisos	9
A.3. Anulabilidad de los Actos y Actuaciones Administrativas	9
A.4. Del acto administrativo y sus elementos	18
BC	
C.1. De la Competencia	20
C.2. De la Convalidación	28
C.3. Del Cumplimiento de la obligación	29
D	
D.1. Declaratoria de improcedencia	30
D.2. Derecho a la defensa	32
D.3. De los Daños y Perjuicios	33
D.4. Debido Proceso Administrativo	34
D.5. Obligación de presentar la documentación de la Autoridad Reguladora.....	37
D.6. Diligencias preliminares	37
D.7. Del Derecho a la Petición	41
D.8. Del Duopolio de entidades reguladas	42
D.9. Desistimiento	43
D.10. Plazo de Distancia	44
D.11. Del desistimiento de la impugnación jerárquica planteada	45
E	
E.1. Expresión de agravios	47

F

F.1. De la falta de pronunciamiento de la instancia inferior	50
F.2. Fuerza mayor para la presentación de Recurso de Revocatoria fuera de plazo	50
F.3. De la firmeza administrativa y su inmodificabilidad	51
F.4. De la fundamentación en la aplicación de la sanción	51
F.5. De la obligación de fundamentación	53
F.6. De la presentación ante Notario en caso de vencimiento de plazo ..	54
F.7. Motivación o Fundamentación de los Actos Administrativos	58

G

G.1. De la graduación de la sanción	59
G.2. Calificación de gravedad errónea	61

HI

I.1. De los Informes Técnicos y/o Informes Legales	62
I.2. De la irretroactividad	67
I.3. De la facultad de interpretación de las normas	68
I.4. De las infracciones específicas y leves en materia de seguros	68
I.5. De la imputación y la sanción y la debida congruencia	70
I.6. Relación de la conducta imputada	71
I.7. Imposibilidad de dar cumplimiento a la normativa	71
I.8. Incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive	72
I.9. De la incorrecta imputación de cargo en base a una aplicación normativa errónea	73
I.10. De la imposibilidad material del cumplimiento de la norma	75

J

J.1. De la Jerarquía normativa	77
--------------------------------------	-----------

KL

L.1. La libertad contractual en el ámbito administrativo	82
--	-----------

M

M.1. De la participación del Ministerio Público	84
M.2. De la motivación	84

N

N.1. De la normativa laboral versus la normativa administrativa	90
N.2. Non reformatio in peius	90
N.3. Normas internas dinámicas	91
N.4. Infracción a normativa interna	92
N.5. Normativa aplicable	93
N.6. Normativa general y normativa especial	94
N.7. De la notificación	95
N.8. Sobre la Nulidad del Proceso	98
N.9. Nulidades procesales	103

O

O.1. De la obligación de la Administración de dictar Resolución Administrativa	107
O.2. De la falta de cumplimiento del procedimiento por parte de la Autoridad Reguladora	107

P

P.1. Precedentes administrativos que engloban Principios en Materia Administrativa	109
P.2. De la limitación del pronunciamiento en instancia jerárquica	132
P.3. De la prescripción	132
P.4. Pronunciamientos firmes en sede administrativa	136
P.5. Sobre las instancias procesales dentro el Procedimiento Administrativo	136
P.6. De la correcta aplicación del procedimiento administrativo	138

QR

R.1. Recurso de Revocatoria y Recurso Jerárquico	139
R.2. Presentación de Recurso de Revocatoria fuera de plazo	139
R.3. De la interposición de más de un Recurso de Revocatoria	139

R.4. De la obligación de la Autoridad Reguladora de considerar la impugnación en su integridad	141
R.5. Requisitos de admisión del Recurso de Revocatoria	141
R.6. Procedencia del Recurso Jerárquico	142
R.7. Del informalismo y reconducción de procedimiento	142
R.8. Sobre la Reiteración / Reincidencia	143
R.9. De la Revocatoria parcial	145

S

S.1. Seguridad jurídica	146
S.2. Del Proceso sancionador	148

T

T.1. Terceros Interesados	149
---------------------------------	------------

UV

V.1. Validez de los actos administrativos	155
V.2. De la petición del Derecho probatorio La verdad material	156
V.3. De la valoración de la prueba	156
V.4. De la vigencia de la Norma	158

INTRODUCCIÓN

A la Administración Pública se le debe exigir un actuar coherente en sus diversas determinaciones, es decir que vistas en su conjunto, tales actos tengan entre sí, una relación lógica, sistemática y ordenada.

Los precedentes refieren esa imprescindible necesidad de coherencia y concordancia entre los actos de la Administración, de su congruencia -en su sentido semántico- y de la relación lógica entre los mismos, puesto que en definitiva, el pronunciarse conforme a ellos, importa el efectivo cumplimiento de los principios que el derecho tiene reservados a su actuar.

Entonces, la actuación permanente conforme a los precedentes, significa el ejercicio de tales valores en la solución de los asuntos administrativos, de manera tal que, más allá del conjunto de actos administrativos al que se ha hecho referencia, significan la existencia de un criterio uniforme sobre una determinada cuestión administrativa con referencia a otras soluciones previas y a la Ciencia Administrativa en general.

Así -salvando las distancias doctrinales-, si la jurisprudencia es una fuente del derecho general, los precedentes tienen una símil fuerza con referencia al actuar de la Administración, y por tanto, así como resultan de necesaria observancia por parte de la propia Administración y por los administrados, son también atendibles por la colectividad en su conjunto, aquella cuyos intereses está destinada a servir (Ley N° 2341, Art. 4°, Inc. a)) y en particular, por quienes realizan el control ulterior de su actos: el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Restringiendo tales criterios a la materia de pensiones, valores, seguros e intermediación financiera, que cuentan con normativa especial y propia, respecto a la norma general, y considerando los fallos que corresponden a los Recursos Jerárquicos (de competencia del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, conforme al Decreto Supremo N° 0071 de 9 de abril de 2009), los precedentes permiten estudiar su aplicación en el área de la regulación financiera y asegurar su uniformidad o inclusive, las excepciones a lo mismo, confirmándose con ello su importancia y efectividad.

Sobre ello trata la presente obra, sobre los precedentes que ahora se presentan al lector ordenados de manera temática a los efectos de facilitar su consulta y revisión, de manera tal que su acceso, para quien lo requiera, resulte eficiente, práctico y sencillo.

Toda vez que una relación de los precedentes como la que se presenta ahora, ha requerido la transcripción de las Resoluciones Ministeriales Jerárquicas pronunciadas en la gestión 2009 y 2010, se invita al lector o lectora, a revisar los Libros que contienen las mismas y que se encuentran compiladas a través de los años.

LIBRO DE PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

GESTION 2009 – 2010



A.1. De la antinomia o conflicto de normas

“...En efecto, se evidencia que el acto que dio lugar al presente Procedimiento Administrativo se origina en la carta SPVS/IV/DE/Nº 453/2008, que en la parte conclusiva determinó que: “...las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de sus Tasas de Regulación en estricto apego a lo previsto por la Ley del Mercado de Valores, **ello en razón a la aplicación de lo previsto en la Constitución Política del Estado que dispone la aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía**” (Las negrillas y subrayado pertenecen a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Respuesta que en puridad, y a criterio de esta Instancia Jerárquica, no atendió la pretensión de la entidad recurrente de acogerse a la Tasa de Regulación Nº 8, y contrariamente establecería la existencia de un problema de antinomia o conflicto de normas entre lo dispuesto por el artículo 115 numeral 5 de la Ley del Mercado de Valores y el artículo 15 inciso b) del Decreto Supremo Nº 25420. Posición que se mantuvo, incluso en la Resolución ASFI Nº 031/2009.

Sin embargo y a raíz de la interposición del Recurso de Revocatoria, la ASFI con un criterio más reflexivo, coincide con (...) y, reconoce que dichas normas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico y regulan la misma materia; una, la Ley del Mercado de Valores establece los parámetros generales y, la otra, el Decreto Supremo Nº 25420 reglamenta dichos aspectos generales en cuanto a porcentajes de Tasa de Regulación, forma de pago y procedimiento de aplicación, por lo que al no imputar al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, no correspondería ningún criterio de solución de antinomias como son la aplicación de los Principios de Jerarquía, de Especialidad, o en su caso de Temporalidad de las normas.

Aspecto reconocido por el propio recurrente en la Audiencia Oral de Fundamentos al expresar que el tema legal quedó zanjado con el reconocimiento expreso que hizo la ASFI de que la norma aplicable para el pago de la Tasa de Regulación es el Decreto Supremo Nº 25420...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2009 de 27 de noviembre de 2009).

A.2. Presentación de Alegatos imprecisos

“...Los recurrentes omiten su obligación de expresar de manera clara y precisa cual sería la prueba o documentos que no se hubieran puesto en su conocimiento siendo esta en rigor una herramienta apta para cuestionar eficazmente el acto administrativo impugnado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

A.3. Anulabilidad de los Actos y Actuaciones Administrativas

A.3.1. Anulabilidad

“...Conforme se estableció en los precedentes administrativos emitidos mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su parágrafo I lo siguiente: “Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión del recurrente causal fundamental para su aplicación.

Por lo tanto, al haberse evidenciado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha transgredido tanto al derecho a la petición como al debido proceso administrativo y al derecho del recurrente a obtener una respuesta fundada tanto fáctica como jurídicamente, y habiéndose provocado, por lo tanto un estado de indefensión en los recurrentes, generando la anulabilidad del procedimiento administrativo.

Que, por lo tanto, la fundamentación y motivación de un acto de autoridad resulta requisito sine qua non de su propia existencia, siendo que en el presente caso no ha existido nexo causal entre lo pedido y lo resuelto, no encontrándose motivación en los actos administrativos emitidos por la ASFI, que permita al recurrente o denunciante, la convicción de que los preceptos jurídicos citados se hacen aplicables al caso, es decir, no se han expuesto los razonamientos lógico jurídicos que demuestren que las hipótesis normativas de los artículos invocados se materializaron en la situación de hecho resuelta.

Que, por lo expuesto la inobservancia de tales elementos da lugar a que el acto administrativo adolezca de anulabilidad por encontrarse realizado en forma contraria a lo que establece el artículo 28 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo que en su parte conducente, literalmente regula que el acto

administrativo “deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto (...)”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010).

A.3.2. Anulabilidad

“...Conforme se estableció en los precedentes administrativos emitidos mediante Resoluciones Ministeriales Jerárquicas, la doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a defectos de forma, cuando el acto carezca de los requisitos formales, pudiendo ser sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, que regularice el procedimiento.

De acuerdo a lo expresado en el párrafo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 37 norma la convalidación y saneamiento procesal de los actos anulables disponiendo en su parágrafo I lo siguiente:

“Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca.”

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo la indefensión del recurrente causal fundamental para su aplicación...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

A.3.3. Anulabilidad de la Notificación de Cargos

“...El recurrente hace referencia que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el parágrafo III del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que el mismo establece un plazo de cinco (5) días para su notificación y esta fue realizada en fecha 23 de marzo de 2009 (fuera del plazo señalado).

Efectivamente el parágrafo III artículo 33 de la precitada disposición legal norma las notificaciones de los actos administrativos; empero el parágrafo II del mismo articulado señala lo siguiente:

“Las notificaciones se realizarán en el plazo, forma, domicilio y condiciones señaladas en los numerales III, IV, V, y VI del presente artículo, salvo lo expresamente establecido en la reglamentación especial de los sistemas de organización administrativa aplicable a los órganos de la Administración Pública comprendidos en el Artículo 2º de la presente Ley.”

De acuerdo a la norma señalada se tiene que esta deriva a una normativa especial el procedimiento de notificaciones y sus efectos que en este caso

corresponde circunscribirnos a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 27175 que reglamenta a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera que con relación a las notificaciones con cargos y sanciones establece:

“Artículo 26.- (Notificación con Cargos y Sanciones). Las notificaciones que deban ser efectuadas con cargos y sanciones, ya fuere a personas naturales o jurídicas, se practican mediante comunicación escrita citando al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, se apersona por la Secretaria General de la Superintendencia respectiva, a fin de tomar conocimiento y notificarse. En caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, se tendrá a éste por notificado.”

Como se puede apreciar en la precitada disposición especial, esta dispone que se citará de manera escrita al presunto infractor para que en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos se apersona a Secretaría a fin de tomar conocimiento y notificarse sobre los cargos imputados, por lo que la notificación con cargo y sanciones no es realizada en el plazo de cinco días, sino sujeta a un procedimiento de citación y notificación.

Revisado el expediente, podemos advertir que sólo se procedió con la primera citación, por lo tanto el procedimiento no ha sido cabalmente cumplido por la Autoridad Fiscalizadora.

Ahora bien, corresponde revisar la procedencia de anulabilidad, para ello corresponderá revisar la doctrina y jurisprudencia, conforme se procede a continuación:

De forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia determinan que a efectos de determinar la nulidad del acto sea total o relativa, se debe considerar los principios que rigen, cuales son, entre otros el de Trascendencia y Convalidación.

Por lo que, importará que sean desarrollados, conforme se procede a continuación.

El principio de Trascendencia, determina que para que proceda la declaración de nulidad, tiene que existir un perjuicio cierto e irreparable. Este principio por lo tanto se rige en el precepto “pas nullite sans grief” (no hay nulidad sin perjuicio).

Es así que tiene que acreditarse el perjuicio por el acto procesal viciado, caso contrario y bajo este principio no puede determinarse la Anulabilidad del acto.

Trayendo a colación al caso de Autos, tenemos que la notificación realizada si bien ha sido procesada sin cumplir a cabalidad la normativa, sin embargo la misma no genera perjuicio para el administrado, ya que su derecho a la defensa ha sido ejercido en el plazo otorgado y computado a partir de día de su legal notificación.

Respecto al Principio de Convalidación, los Catedráticos Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández en su Libro Curso de Derecho Administrativo, nos señala que:

“...La anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado. Para ello se reconoce a este la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de

nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de pendencia prolongada. Por las mismas razones, la propia Ley permite la convalidación de los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar (art. 67 LPC).

Es así que la anulabilidad del acto administrativo se distingue de la nulidad en su posibilidad de subsanación. "El acto procesal anulable se equipara - de no ser subsanado - al acto nulo, no siendo susceptible de producir efecto alguno. Pero realizada la subsanación, ya sea procesal o por un acontecimiento que convalide el acto los efectos de este se producen desde el momento en que ha tenido lugar.

De ello tenemos que el principio de convalidación forma parte de la estructura misma de las modernas concepciones relativas a la anulabilidad procesal. Por ello, resulta imprescindible valorar, previamente, si se ha operado o no la convalidación del acto viciado, porque de haber sido así todo defecto formal habría quedado subsanado al tener presente la relatividad de la nulidad procesal.

Respecto a las nulidades en las notificaciones, el vicio procesal se convalida si el litigante oportunamente no alega el derecho fundamentando los agravios que este podría ocasionarle precluyendo el derecho que le asiste e implícitamente convalidando el acto realizado; el acto produce plenamente sus efectos mientras no sea impugnado dentro de un plazo preclusivo por alguna de las partes.

De acuerdo a lo manifestado se tiene que posterior a la Notificación de Cargos efectuada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, (...) S.A. mediante nota CITE: SAFI/1013/2009 de 30 de marzo de 2009, señala tomar conocimiento de los cargos imputados, presenta descargos y no hace alusión alguna a la anulabilidad de la notificación de cargos siendo que este acto convalida cualquier eventual defecto procesal de forma que pudo producirse habiendo precluido el derecho que le asiste a invocar una eventual anulabilidad del procedimiento, por lo tanto, no corresponde que esta instancia jerárquica, considere la anulabilidad del acto..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 de 19 de abril de 2010).

A.3.4. La Anulabilidad y su convalidación

"...Es así que queda claro, que la Nulidad de pleno derecho no permite la convalidación o saneamiento, como presupuesto esencial de la Nulidad Relativa o Anulabilidad, ya que la misma es ineficaz y no produce efectos jurídicos, es decir no nació a la vida del derecho.

Ahora bien, para poder determinar si el vicio cometido por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en el caso de autos, acarrea la Nulidad o la Anulabilidad, corresponde en primera instancia revisar la normativa aplicable, es

así que conforme se transcribió en líneas precedentes, el Capítulo V determina dos categorías de actos que afectan su validez, el primero (Artículo 35) Actos Nulos de pleno derecho y el segundo (Artículo 36) Actos anulables que permiten la convalidación o saneamiento.

Para el caso de Autos, y respecto a la Nulidad, revisados los casos aplicables a la Nulidad de Pleno derecho, tenemos que tanto, los incisos a), b), d) y e), no son aplicables al no relacionarse con el vicio detectado, sin embargo importará revisar el inciso c), referente a la aplicación de nulidad si el acto administrativo hubiese sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Es así que, la implícita admisión del Recurso de Revocatoria y su consiguiente Resolución a través de acto administrativo (Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009),, determinan que dichos actos se encuentran viciados de infracción jurídica, al haber sido procesados sin el requisito previo para su procesamiento, cual es el cumplimiento de la obligación determinada en la Resolución Administrativa recurrida. Sin embargo, se debe analizar, los otros requisitos para su formación establecidos en la normativa administrativa, cual son entre otros:

- a) **Competencia.-** La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, es la llamada por Ley para conocer los Recursos de Revocatoria interpuestos contra actos definitivos emitidos por dicha autoridad.
- b) **Plazo.-** Para la interposición del Recurso de Revocatoria, se cuenta con plazo de quince días hábiles administrativos establecido artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003. Plazo que conforme al expediente administrativo, ha sido cumplido.
- c) **Personería.-** Para la interposición de los Recursos de Revocatoria, el recurrente si es persona jurídica debe acreditar, personería, situación a su vez cumplida por la Mutual La Primera.

Como se puede advertir, que la infracción jurídica que vicia el procedimiento no ha sido emitida con olvido total del procedimiento legalmente establecido.

Sobre el particular, y siguiendo a los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que señalan:

“Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo, sin embargo, con la ausencia de todo procedimiento. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque solo sea por exigencias derivadas de la organización siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos.

La expresión legal hay que referirla, pues, **a la omisión de los trámites esenciales integrantes** de un procedimiento determinado, sin los cuales ese concreto procedimiento es inidentificable (Sentencias de 10 de mayo de 1969 —«incumplimiento de un trámite esencial»—; 30 de septiembre de 1970 su falta total o menguada observancia»—; 13 de marzo de 1971 —a la omisión del procedimiento «debe equipararse un

aparente cumplimiento que merezca igual calificación que la omisión—, 26 de enero de 1994, 21 de mayo de 1997, etc.)

El propio ordenamiento positivo marca con claridad la pauta interpretativa en algún caso. Así, por ejemplo, en materia de expropiación forzosa el incumplimiento de «los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito» priva a la Administración de sus privilegios habituales, pudiendo el particular despojado solicitar el amparo de los Tribunales ordinarios a través de la vía interdictal (art. 125 LEF), **mientras que cualquier o infracción procedimental aislada, aunque sea importante, no produce tan radical efecto, sirviendo solo para apoyar en vía de recurso la pretensión anulatoria** (art. 126.3 de la misma Ley). El mismo criterio se mantiene con carácter general en relación a toda clase de procedimientos, en la Sentencia de 27 de mayo de 1975. Una aplicación reciente del mismo, particularmente enérgica, puede verse en la Sentencia de 15 de junio de 1994...” (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Ahora bien, corresponde revisar la determinación de nuestra economía jurídica administrativa, respecto a la anulabilidad o nulidad relativa, para ello importará revisar el artículo 36, en su parágrafo II, que determina que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En primer término, habrá que diferenciar si el requisito para la admisión, referente al cumplimiento de la obligación establecida en el acto recurrido es de forma o es un requisito de fondo.

Para ello, se cita al tratadista Francesco Carnelutti, en su Libro Instituciones de Derecho Procesal Civil, determina sobre la Nulidad Relativa que:

“La distinción entre los requisitos necesarios y útiles y, de rechazo, entre vicios esenciales y no esenciales, responde a la tendencia de reducir al mínimo la pérdida en que se concreta la consecuencia negativa de la desviación jurídica...La experiencia demuestra que existen actos que, aun cuando presenten vicios esenciales, no se consideran, sin embargo, como actos inútiles, sino que, por el contrario, pueden, en ciertas condiciones, alcanzar su finalidad...”

... En todo acto existen requisitos necesarios, porque sin ellos no puede lograr su finalidad y existen, en cambio, requisitos simplemente útiles; los primeros son aquellos cuya falta ocasiona la nulidad del acto.”

Por otra parte y siguiendo a Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su libro “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, referente a los Vicios de Forma o de procedimiento del Acto Administrativo, señala que:

“El principio de legalidad de la actividad administrativa se garantiza, en cuanto a la formación de sus decisiones, en el permanente respeto a los procedimientos legalmente establecidos. Este importante principio obedece, a diferencia de los rectores de la actividad privada, a que a la administración

le es connatural el bienestar general y el interés de la comunidad y para estos efectos debe necesariamente sujetarse a reglas de comportamiento determinadas con anterioridad en la Constitución o la Ley.

Según esto, los actos administrativos deben formarse de necesidad, cumpliendo previamente los procedimientos legalmente establecidos. La observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es el instrumento para asegurar la certeza en el actuar de la administración y, por otra parte, garantizar los derechos de los asociados..."

El profesor Santofimio, a su vez citando al esquema doctrinal que se aplica en Colombia, señala que "... es innegable que el ritual o formalismo instituido para la expedición de determinados actos, es condición para su propia validez. Por ello, justamente, la omisión de tales exigencias rituales o de expedición del acto 'en forma irregular' [...] está consagrado como causal de nulidad...". Las formalidades, indica el Consejo, tienen por objeto, ante todo, "... garantizar la legalidad y corrección en la actividad administrativa [...] impedir que se cause lesión alguna a derechos o intereses legalmente protegidos..."

Siguiendo a dicho autor, éste determina que la configuración del vicio de forma, debe encontrarse contextualizado en la finalidad del procedimiento administrativo, es así que los defectos de forma, viciarán la validez de los actos administrativos, conforme a su trascendencia, es decir, sólo se podrá determinar su anulabilidad cuando se desconozcan requisitos formales indispensables para lograr su fin o en su defecto genere indefensión, conceptos concordantes con las determinaciones de la Ley de Procedimiento Administrativo Ley No. 2341 (Art. 36 Paragr. II).

Santofimio, llega a la conclusión, en base a la jurisprudencia y doctrina colombiana, que la clasificación de los vicios de forma se divide en dos los sustanciales y los accidentales, debido a que no toda anomalía formal o procedimental constituye factor de irregularidad del acto administrativo. Los primeros denominados como vicios de forma sustanciales, mismos que son considerados como tales debido a que se estructuran sobre requisitos indispensables para el resultado final del acto o sobre las garantías consagradas en defensa de los particulares en general; agregándose a lo anterior la violación de los requerimientos indicados expresamente en la ley como indispensables para la producción del acto, y cuya omisión o transgresión ocasiona la nulidad de la actuación. Los vicios de forma de naturaleza accidental, son aquellos de menor entidad, que no acarrearán la nulidad del acto. Son todas aquellas omisiones de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo incumplimiento no podría, en la realidad fáctica, alterar en manera algunas garantías de los administrados.

Siguiendo la misma línea de razonamiento el Catedrático Eduardo García de Enterría, señala que el vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración. Por lo tanto, y siguiendo al mismo autor, el vicio de forma no es sino una presunción de

ilegalidad del acto a que afecta, presunción que solo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de este respecto del defecto formal advertido.

Para la determinación del relieve fundamental o la condición que expresa la normativa (Pagr. II Art. 36 LPA), respecto a que el acto carezca de requisitos formales indispensables para alcanzar el fin, se deberá previamente revisar la importancia que ofrece el vicio cometido, las repercusiones para el recurrente, los terceros interesados y la propia Administración, permitiendo de esta manera poder confirmar si la omisión cometida debe invalidarse declarando su Anulabilidad, o en su defecto, ha sido convalidada o saneada a tiempo de su valoración.

Por lo que, corresponde citar a la doctrina, y en especial a los catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes categóricamente y siguiendo la normativa administrativa de su país (similar a la nuestra) se han pronunciado sobre el particular, expresando que para poder determinar la repercusión del acto cometido en infracción, se debe tomar en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y pondera "sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido" (Sentencia de 6 de noviembre de 1963).

Para este efecto se plantean dos hipótesis que corresponden ser desarrolladas y aplicarlas al caso de autos:

Primera Hipótesis "Aunque no hubiera existido el defecto formal la decisión de fondo hubiera sido la misma"

Segunda Hipótesis "El vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que esta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. En esta hipótesis cabe distinguir tres supuestos:

- a) La decisión de fondo es correcta.
- b) La decisión de fondo es incorrecta. Coexistiendo dos vicios, el formal y el de fondo.
- c) No es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no. En este caso, anotan porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada.

Conforme se aprecia de la determinación dada por el propio Artículo 47 párrafo I del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, para la admisión del Recurso de Revocatoria constituía requisito fundamental, el cumplimiento de la obligación dada en el acto administrativo recurrido, por lo tanto a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, y advertido de dicho incumplimiento por parte del recurrente, la Autoridad Fiscalizadora debió resolver el Recurso de Revocatoria **declarando improcedente** el mismo, conforme se tiene en la propia normativa administrativo (Art. 43 inc, d) RLPA) y los precedentes administrativos y no así pronunciarse sobre los fundamentos alegados por el recurrente cual ocurrió en el caso de autos. Por lo tanto la decisión misma del acto administrativo es incorrecta.

Asimismo, importa revisar, cuáles han sido las repercusiones de dicha determinación, cual se procede a continuación:

El recurrente, se ha visto beneficiado al no habersele exigido el cumplimiento de la obligación, pese a ser un requisito para la admisión del Recurso de Revocatoria planteado, aclarando que dicha situación tampoco lo libera de la obligación que tenía el mismo de dar cumplimiento a la normativa. Finalmente se puede señalar que no se ha dejado al recurrente en estado de indefensión.

Los terceros interesados, (...), en contrario sensu a lo ocurrido en el caso del recurrente, son los directamente afectados por el no cumplimiento de la obligación determinada en la Resolución Administrativa recurrida, dejando a los mismos en estado de indefensión, quienes se han visto desprovistos de la ejecutorabilidad del cumplimiento de la obligación, al verse privado de la restitución ordenada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a favor de ellos.

El estado de indefensión de los terceros interesados ha sido permanente, evidenciándose en el expediente administrativo, que los mismos han presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en reiteradas oportunidades y de forma expresa solicitudes para el cumplimiento de la obligación determinada en la Resolución Administrativa ASFI No. 277/2009, sin embargo pese a dichos requerimientos la Autoridad Fiscalizadora, haciendo caso omiso y preocupante no tomó en cuenta dichos reclamos y procedió a la resolución del Recurso de Revocatoria, en incumplimiento a la normativa.

Que, en el caso de autos se evidencia que el acto administrativo, no goza de validez y ha sido viciado de nulidad relativa al verse afectado procedimiento y en especial derechos consagrados por la definición final de la Autoridad, quien debió haber declarado la improcedencia, y en su debida oportunidad ejecutar su propia determinación.

Que, la normativa expresamente señala que con la interposición del Recurso de Revocatoria, (Art. 47 RLPA), no se suspende la ejecución del acto recurrido, sino por el contrario aplica el efecto devolutivo, por lo tanto la eficacia del acto administrativo no puede ser afectada, como ha ocurrido en el caso de autos.

Es así que conforme se desarrolló, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha regido sus actos en sujeción a los principios de legalidad y sometimiento pleno de la Ley, afectando con su acto además a los terceros interesados, quienes como se señaló han reaccionado contra el mismo, pidiendo en reiteradas oportunidades a la Autoridad Fiscalizadora su regularización, sin embargo pese a dichas solicitudes, la ASFI ha emitido Resolución Administrativa resolviendo el recurso de revocatoria, sin que se haya cumplido con uno de los requisitos fundamentales cual era el cumplimiento de la obligación determinada en el acto administrativo recurrido, generando esta infracción jurídica indiscutiblemente que el acto se encuentre viciado de anulabilidad al haber adquirido especial trascendencia en la garantía del debido proceso, seguridad jurídica, incidiendo en el fondo de la resolución administrativa, en perjuicio del tercero interesado y de la propia administración.

Que, en base a criterios de razonabilidad y tomando en cuenta los criterios doctrinarios y la propia normativa administrativa se llega a las siguientes

conclusiones: La omisión del requisito de forma para la admisión del Recurso de Revocatoria correspondiente al cumplimiento de la obligación determinada en el acto administrativo recurrido, da lugar a la anulabilidad del acto administrativo. Lo dicho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que:

"...el principio de legalidad en el ámbito administrativa, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art 4 inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)"

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede substraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: 'La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley.'..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 de 3 de mayo de 2010).

A.4. Del acto administrativo y sus elementos

"...Que, en este sentido, la Ley N° 2341 en su artículo 27° señala: (ACTO ADMINISTRATIVO). Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo.

De igual manera, en su artículo 28° establece: (ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO). Son elementos esenciales del acto administrativo los siguientes:

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

Que, el artículo 30° de la precitada Ley, establece: (ACTOS MOTIVADOS). **Los actos administrativos serán motivados con referencia a hechos y fundamentos de derecho cuando:** a) **Resuelvan recursos administrativos;** b) Dispongan la suspensión de un acto, cualquiera que sea el motivo de éste; c) Se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos o de control; y, d) Deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa. (Las negrillas son nuestras)...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2010 de 23 de septiembre de 2010).



C.1. De la Competencia

C.1.1. De la actuación de la Autoridad Reguladora fuera del ámbito de su competencia

“...(...), señala que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) ha actuado, en el caso que originó la presentación del recurso de revocatoria parcial, como Ministerio Público (investigación y acusación), como Juez o Tribunal de Sentencia (estableciendo sanciones) y como Juez o Tribunal de Apelación, al conocer y dictar la Resolución impugnada.

Sobre el particular, es necesario considerar que la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo tiene connotaciones diferentes a las establecidas para los procedimientos ordinarios, de ahí que la potestad sancionatoria, disciplinaria y la sustanciación del respectivo proceso se rige por su propia legislación (Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341, de 23 de abril de 2002 y Reglamentos Específicos).

En este sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo establece los medios recursivos para impugnar una decisión adoptada por la administración, que a criterio de los administrados sea contraria a sus derechos o intereses legítimos.

El Artículo 64 de la Ley de Procedimiento Administrativo refiere “El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto por el interesado ante la Autoridad Administrativa que pronunció la Resolución Impugnada, dentro del plazo de diez (10) días siguientes a su notificación”. Por lo que, queda claro que el Recurso de Revocatoria, en materia administrativa, debe ser presentado ante la misma autoridad que dictó el primer fallo.

Asimismo, y revisando la doctrina, tenemos que el Recurso de Revocatoria, entendido como de reposición, es el medio de impugnación que tiene el administrado para oponerse en primera instancia a las decisiones de la administración, cuando se vean lesionados sus derechos subjetivos. Este recurso se presenta ante el órgano que emitió el acto, que es también el órgano competente para resolverlo.

Que el Artículo 66 de la misma norma citada refiere “Contra la resolución que resuelva el recurso de revocatoria, el interesado o afectado únicamente podrá interponer Recurso Jerárquico (...)”

El Recurso Jerárquico, cuyo objeto es someter a control de legalidad los actos dictados por la administración pública, pronunciados mediante resoluciones administrativas de carácter general o actos administrativos de carácter

equivalente, se interponen cuando los mismos hubiesen provocado una vulneración a los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. Finalmente, agotada la vía administrativa queda expedita la vía jurisdiccional, para el control judicial de los actos emitidos por la Administración Pública a través de la vía de amparo o del Proceso Contencioso Administrativo, conforme a lo establecido por el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Lo analizado precedentemente demuestra que es facultad del órgano de regulación de primera instancia (ASFI) emitir la resolución primigenia y resolver el Recurso de Revocatoria..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009 de 30 de noviembre de 2009).

C.1.2. De la Competencia en materia sancionadora a entidades que no estarían comprendidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras

"...(...) fundamenta que no puede ser sujeta de sanción ya que ésta no sería parte del Sistema financiero y tampoco presta servicios auxiliares financieros y en consecuencia no se halla sujeta ni comprendida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras

Efectivamente (...) SRL. no es sujeta de regulación por parte de la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; sin embargo, y como ya se mencionó líneas arriba, los efectos de una Resolución Administrativa que sanciona un acto operativo de los administrados, puede alcanzar, no solo a los mismos, sino también a terceros producto de las transacciones financieras, debiendo estos terceros legítimos interesados, tener los mismos derechos y obligaciones que los regulados. Cual fue el caso de autos (...)

Es así que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora ASFI, cumpliendo con sus atribuciones y competencias inicio un proceso sancionador contra los Ejecutivos y Directores del (...) S.A., determinando que la entidad bancaria ((...) S.A) otorgó un crédito con características vinculatorias a (...) y a la empresa (...). "Al haber sido reportados ambos como grupos prestatarios, prohibido por el artículo 50 numeral 4) de la LBEF"

Como medida correctiva la Superintendencia de Bancos determinó que los Directores y Ejecutivos no podrán autorizar la otorgación de nuevas operaciones crediticias al Grupo Económico (...) prohibiendo inclusive que las operaciones sean objeto de reprogramaciones.

De lo expuesto precedentemente se tiene que efectivamente (...) no es parte del Sistema Financiero, sin embargo el mismo al utilizar el servicio financiero, se constituye en tercero legítimo interesado, si el proceso administrativo que se sigue, tiene repercusiones sobre el mismo..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009 de 30 de noviembre de 2009).

C.1.3. De la competencia de la Entidad Reguladora

“... (...) señala que la SPVS ha omitido sistemáticamente responder a la denuncia interpuesta por (...) concentrándose en la identificación de procesos operativos generales y no en los temas de forma particular que acusa la misma.

Al respecto en la denuncia presentada a la SPVS, (...) solicita de forma expresa lo siguiente:

“Al efecto PIDO se dicte resolución expresa, ordenando la entrega inmediata a mi persona de mis aportes de participación mencionados y sea bajo prevenciones de procederse a la intervención y liquidación prevista en el Art. 99 de la Ley del Mercado de Valores en caso de incumplimiento.”

Tal como señala lo descrito líneas arriba, (...) solicita que el órgano de regulación disponga la entrega inmediata de sus aportes de participación; aspecto que, más allá de que constituya una pretensión subjetiva del solicitante, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, dentro el marco de sus funciones y atribuciones atenderá dicha solicitud, y se pronunciará sobre aspectos **de estricta regulación al administrado** constituyendo una garantía constitucional del impetrante realizar peticiones en forma individual o colectiva.

Dentro las competencias de los órganos de regulación, no se encuentra inmiscuirse en aspectos que tienen que ver con la jurisdicción ordinaria, por un simple principio de separación de poderes, ya que la actividad administrativa se encuentra sometida a la competencia del Órgano Ejecutivo y la jurisdicción ordinaria a la del Órgano Judicial, sin que esta limitante inhiba al órgano de regulación realizar los controles de regulación, fiscalización e incluso de intervención, dentro del ámbito administrativo, para evidenciar si el regulado se encuentra cumpliendo con las disposiciones legales a las que se encuentra sometido.

De la revisión de los antecedentes adjuntos al expediente administrativo (...), inició acciones legales ante instancia civil y penal para hacer valer su derecho de petición, habiendo activado la jurisdicción ordinaria para el resarcimiento económico y civil por el supuesto daño causado, solicitando de la devolución de sus dineros, solicitud que también la hace ante el órgano de regulación juntamente con la denuncia presentada; habiendo la administración pública emitido un pronunciamiento en derecho, dentro el marco de su competencia circunscribiéndose al ámbito del cumplimiento de las disposiciones legales en materia administrativa, siendo dicho pronunciamiento un instrumento legal para que las partes aleguen lo que en derecho corresponda ante autoridad llamada por ley.

Cabe aclarar que conforme se evidencia el último memorial presentado, por (...), las acciones legales ante autoridad jurisdiccional se encuentran en etapa preparatoria de demanda civil y/o penal que pudiere solicitar el denunciante y no habiéndose dirimido la pretensión principal del demandante tal como lo es la devolución de sus aportes de participación y menos cuenta con autoridad de cosa juzgada.

Consecuentemente la solicitud del denunciante ha sido atendida por el órgano de regulación – dentro en marco de su competencia – emitiendo un pronunciamiento de acuerdo a lo establecido en las disposiciones legales establecidas para el ámbito administrativo, correspondiendo al ente de regulación esperar el fallo definitivo del ámbito judicial, para coadyuvar con la ejecución de lo dispuesto por el órgano llamado por Ley...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009).

C.1.4. De la apertura de competencia

“...La apertura de la competencia del órgano de Supervisión de primera instancia, a efectos de revisión de los propios actos, pasa ineludiblemente por la constatación de las exigencias, siendo la primera de ellas advertir si el recurso, inicialmente ha salvado los requisitos formales en cuanto al documento que consigna la pretensión del impugnante en los plazos establecidos.

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010).

C.1.5. De la restricción de competencia en otras materias

“...La Empresa (...) alega que no corresponde a la instancia administrativa referirse a los poderes ni al contrato de Asociación Accidental suscrito entre dicha empresa y el Ing. (...)por cuanto esto debe ser dilucidado por ante autoridad jurisdiccional competente; aunque efectivamente es en la vía ordinaria civil donde se definirá si el cheque fue pagado a persona autorizada y si además se lo hizo de manera correcta o incorrecta, no debe olvidarse que es en esta vía administrativa donde deberá definirse si ha caducado el derecho del órgano regulador para imponer las sanciones por infracciones a las normas regulatorias y conexas, toda vez que (...) LTDA. alega no haberse operado la prescripción por no haber tomado conocimiento del hecho, por ello se hace imprescindible acudir

a la prueba cursante en el expediente a efecto de establecer si efectivamente conocía o no del hecho motivo del presente Recurso...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010).

C.1.6. De la restricción de competencia en otras materias

“...La competencia, constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo, mismo que ha sido ampliamente desarrollado por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica No. SG-SIREFI RJ 37/2005 de 12 de septiembre de 2005, al determinar qué:

“Toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública que se considera acto administrativo, sea de alcance general o particular, sea normada o discrecional, que se emita en ejercicio de la potestad administrativa, debe contener los elementos esenciales del Acto Administrativo que en nuestro ordenamiento jurídico han sido enumerados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentra, como uno de los elementos esenciales, la competencia.

La competencia con la que toda autoridad administrativa debe estar investida para ejercitar la función administrativa, es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponde ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración. Así, la competencia podría asimilarse al concepto de capacidad de las personas naturales, es decir una aptitud legal para obrar y ejercitar las funciones administrativas...

...Esta limitación o determinación del grado de competencia que corresponde a cada autoridad administrativa, se encuentra en el derecho positivo, generalmente a través de criterios como el grado, materia, territorio o tiempo. Asimismo, la competencia como una investidura que otorga la Ley, resulta connatural con el principio de legalidad, pues determina las obligaciones, derechos y facultades a los que debe ajustar sus actos la autoridad pública y que constituye los límites de su actuación.

Asimismo, la competencia dada por Ley tiene como características el ser expresa, irrenunciable, improrrogable e indelegable, salvo que la propia Ley lo autorice...”

La Ley de Bancos y Entidades Financieras No. 1488 -Texto Ordenado-, en su Artículo 153, establece que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, **es el órgano rector del Sistema Financiero** que tiene como objetivo el mantener un sistema financiero sano y eficiente y, velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera.

La misma Ley de Bancos, en su Artículo 87 numeral 1 (concordante con el 1307 del Código de Comercio) establece en líneas generales el procedimiento que se debe seguir para levantar el secreto bancario, cual se transcribe a continuación:

“ARTICULO 87º.- El secreto bancario será levantado únicamente:

1. Mediante orden judicial motivada, expedida por un juez competente o a requerimiento fiscal expreso motivado, dentro de un proceso formal y de manera expresa, **por intermedio de la Superintendencia.**" (Negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La Ley No. 3076 de 20 de junio de 2005, en su Artículo 1 Parágrafo IV determina que:

"IV. La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene normas privativa e indelegable **para emitir regulaciones prudenciales**, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con la intermediación financiera y servicios auxiliares financieros"(Negritas insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El Artículo 154 numeral 10, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras determina que es atribución de la Autoridad Fiscalizadora, **imponer sanciones administrativas** a entidades bajo su control, cuando éstas infrinjan las disposiciones legales.

Es así que queda claro que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, cuenta con competencia para la emisión de regulación y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la normativa.

Ahora bien, importa traer a colación, lo determinado en la normativa al caso de autos, iniciando con el análisis de la normativa regulatoria emitida, siguiendo con la supuesta infracción cometida, para finalmente emitir las conclusiones a las que se arriben..."

Entonces, queda irrefutablemente comprobado, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al advertir la infracción al Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos, y luego de la obligación de seguir el proceso sancionatorio correspondiente, cuenta con competencia para la imposición de sanciones.

La pretensión del recurrente, de falta de competencia, no se adecúa a la normativa, e induce a determinar que el mismo confunde la competencia de retención como tal, que debe ser emitida por Autoridad competente, con la competencia del **cumplimiento de la orden judicial**, situación que es distinta.

Por lo que, se concluye que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha actuado en uso de sus atribuciones y competencias conferidas por normativa expresa, y la solicitud de retención de fondos a través de la Circular N° SB/2646/2008 de 31 de octubre de 2008 fue emanada, por la orden judicial emitida por autoridad jurisdiccional competente dentro de un proceso civil ejecutivo en contra del Sr. Manuel Baro Nuñez (Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial) quien dispuso como medida precautoria la retención de Cuentas Bancarias del Sr. (...) ante el Sistema Financiero.

El hecho de que el recurrente haya presentado recursos legales ante la vía jurisdiccional, no lleva relación con el presente **proceso administrativo**, toda vez que el mismo tiene naturaleza y objeto diferente, ya que lo que se está dilucidando en instancia administrativa, es el incumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones

y Suspensión de Retenciones de Fondos, hecho que subsiste en la vía administrativa, más allá de la determinación final de la Autoridad Jurisdiccional.

En ese sentido, la sanción impuesta al recurrente se basa en el incumplimiento a la **normativa emitida por instancia administrativa**, y la solicitud de remisión de fondos por parte de la Autoridad Jurisdiccional responde a un tema netamente afín al proceso judicial, mismo que debe ser resuelto en la vía jurisdiccional y no tiene ninguna –como se señaló– relación con el proceso administrativo.

Por lo que, queda claro, que el carácter suspensivo, al que alega la entidad recurrente, no aplica al caso de autos”.

“Al respecto y siguiendo la misma línea de razonamiento del recurrente, presentada en el memorial del Recurso Jerárquico, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no es la que determina y ordena la retención de fondos de una cuenta, ya sea ésta cuenta de ahorro o cuenta corriente, ésta determinación es adoptada por un Juez jurisdiccional, el mismo que ordena a la ASFI el cumplimiento de la misma, constituyéndose la ASFI en intermediario entre el órgano jurisdiccional y sistema financiero para su cumplimiento y bajo las reglas de regulación administrativas.

El hecho de que el “Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos” no establezca expresamente que deba retenerse fondos de la cuenta de ahorro, es justamente debido a que será el Juez, el que en uso de las facultades que le invisten dispondrá la retención de fondos de todas las cuentas bancarias o con excepción de las cajas de ahorro, hecho que se pueda constatar de la misma documentación aportada por los recurrentes a Fs. 175 a 191 correspondientes a las órdenes de retenciones de los jueces.

En este punto hay que hacer referencia a que independientemente de si el regulado está de acuerdo o en desacuerdo con la orden judicial contenida en el oficio de 8 de octubre de 2008, remitida a la ASFI, esta no es susceptible de ser discutida en la vía administrativa, siendo la misma de cumplimiento obligatorio por parte de la administración y para los regulados, sin perjuicio de los recursos de Ley que le asisten al administrado en la vía jurisdiccional.

De igual modo, sorprende que el recurrente utilice el argumento de que las cuentas de ahorro no puedan ser sujeto de retenciones ya que de acuerdo a su propia Unidad de Auditoría Interna, quien mediante informe BLA/GAI/067/2009 de 4 de agosto de 2009 y documentación anexa (Apéndice 1) a Fs. 10 del expediente administrativo, se tiene el Manual de Proceso para efectuar el Bloqueo y Desbloqueo de Fondos en **Cuentas de Ahorro** Versión 2.0 refiere:

“BLOQUEO Y DESBLOQUEO DE UNA CUENTA DE AHORRO

- La institución realizará el bloqueo o desbloqueo de una Cuenta de Ahorro por los siguientes motivos:
- A solicitud expresa del Titular de la Cuenta de Ahorro.
- **Por instrucciones de autoridad judicial competente por intermedio de la SBEF.**
- Bloqueo de Cuenta por fallecimiento del titular

- Las Cuentas de Ahorro bloqueadas por orden judicial solo pueden ser desbloqueadas mediante otra orden judicial de la autoridad competente que especifiquen expresamente la liberación de los fondos de la cuenta de ahorros bloqueada, en ningún caso podrá ser desbloqueado a simple solicitud del Titular de la Cuenta.
- Al momento de atender una solicitud de desbloqueo a solicitud del cliente, el Asesor de Clientes deberá verificar el tipo de desbloqueo de la cuenta, en caso de ser bloqueado por orden judicial informará al cliente que el desbloqueo solo será posible con otra orden judicial que instruya el desbloqueo de la misma.(...)”(Negrilla y subrayado inserto en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Situación, que seguramente responde a las excepciones establecidas en el Código de Comercio, en cuanto a las Cajas de Ahorro y el monto que puede ser embargable, sin embargo y sin perjuicio de ello, siguiendo con la materia del proceso administrativo **sancionatorio** en compulsa, el mismo se limita al cumplimiento de la **orden judicial**, no así al contenido de la misma, ya que no compete a instancias administrativas, determinar su legalidad o ilegalidad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010).

C.1.7. De la competencia en materia penal

“...Que, en cuanto a la supuesta comisión de delitos por parte (...) S.A. se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no tiene competencia para valorar aspectos que corresponden ser dilucidados en la vía jurisdiccional como es el caso de la denuncia interpuesta al Ministerio Público por la comisión de delitos contra el (...) siendo que el presente proceso administrativo se circunscribe únicamente a determinar si la infracción administrativa y la sanción impuesta al (...) se han dado de acuerdo a derecho y a procedimiento...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010).

C.1.8. Competencia y separación de poderes

“...De acuerdo a los alegatos presentados por el señor (...), realiza un análisis cronológico de todos los acontecimientos suscitados, señalando aspectos de distinta índole a la de la jurisdicción administrativa por lo que corresponde considerar lo siguiente:

El principio de separación de funciones, conocido también en la doctrina clásica como el principio de división de poderes, implica la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano, el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia.

La separación de funciones tiene como objetivo central evitar el abuso de poder y preservar la libertad, evitando la concentración del poder político en un solo órgano; de manera que, para lograr ese objetivo las diferentes funciones inherentes al ejercicio del poder del Estado, son distribuidas a los diferentes órganos.

En este contexto, la función administrativa se encuentra delegada al ahora Órgano Ejecutivo y la función judicial al ahora Órgano Judicial con funciones y atribuciones diferentes, por lo que sus competencias no son las mismas y cualquier pronunciamiento de cualquiera de estos, se lo debe realizar dentro de las limitaciones que su competencia lo exige.

Siguiendo este precepto, La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 5, párrafo I, determina que: "Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias"; en este contexto la actividad regulatoria se encuentra normada por una serie de disposiciones legales encargadas de regular la actividad administrativa de los sujetos sometidos a su regulación no pudiendo extralimitarse en sus funciones, atribuciones ni competencias bajo pena de nulidad del acto y posterior responsabilidad.

De acuerdo a lo señalado precedentemente esta instancia Jerárquica se ve imposibilitada de pronunciarse sobre aspectos que no competen su materia, tal es el caso de una jurisdicción penal o arbitral que hace referencia al representante de (...) SRL.

Por otro lado, y dentro del contexto administrativo (...) realiza una cronología de las infracciones establecidas por el Órgano de Regulación señalando su conformidad en la emisión de las Resoluciones Administrativas que al caso concierne no correspondiendo pronunciamiento alguno respecto a lo manifestado debiendo remitirse a lo fundamentado líneas arriba sobre los cargos y el recurso compulsado..."

C.2. De la Convalidación

"...Como se ha podido observar, la Ex SBEF mediante nota SB/IDC/D 33145/08 de 27 de junio de 2008, ha determinado la existencia de deficiencias operativas, sin antes haber solicitado al (...) S.A., presente sus descargos de dicha imputación, en estricta sujeción al debido proceso normado por la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto Supremo No. 27175. Sin embargo dicha situación no ha sido impugnada por el citado Banco y más bien ha sido ratificada por el mismo, a lo largo del proceso administrativo recursivo.

Es más, y fundamentalmente el presente proceso administrativo en curso, no se origina por dicha nota, sino por aquella que da respuesta a la Sra. (...). Por lo que, en virtud de ello y tomando en cuenta el principio de convalidación, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no entra en mayor análisis sobre el particular..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

C.3. Del Cumplimiento de la obligación

“...En base a los antecedentes del proceso, se tiene que:

- A. Tanto la instancia administrativa, como el recurrente no dan cumplimiento a lo establecido en el Artículo 47 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de Septiembre de 2003 que determina en su parágrafo I lo siguiente:

“Los Recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que causen perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, **debiendo para la admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida**, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento”.
(Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- B. Que, ni la (...), solicitó suspensión de ejecución, ni la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió de oficio la suspensión, por lo cual el cumplimiento de la obligación era de carácter obligatorio, constituyendo un requisito sine qua non para la admisión y correspondiente resolución del Recurso de Revocatoria.
- C. Que, se evidencia que el supuesto cumplimiento de la Resolución ASFI N° 277/2009 de 1 de octubre 2009, se habría efectivizado en fecha posterior a la emisión y notificación de la Resolución Administrativa ASFI N° 446/2009 de 27 de noviembre de 2009, que Resuelve el Recurso de Revocatoria.
- D. Que, ni la parte recurrente, ni la autoridad administrativa, pueden dejar de cumplir el procedimiento administrativo existente, ya que si hubiera existido ambigüedad para la ejecución de la obligación, la parte tenía el camino de la solicitud de aclaración y complementación del acto administrativo, situación que incluso hubiera suspendido los plazos para la interposición del Recurso de Revocatoria. Asimismo, la parte se encontraba asistida del derecho a solicitar la suspensión del acto, sin embargo no utilizó el camino procesal administrativo que en derecho le asistía. Por su parte la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, si consideraba pertinente podía de oficio determinar la suspensión del acto, situación que tampoco sucedió en el caso de autos.
- E. Que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al haber admitido y resuelto el Recurso de Revocatoria sin previamente haber verificado el cumplimiento de la obligación instruida, en la Resolución Administrativa ASFI No. 277/2009, ha viciado el procedimiento administrativo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 de 3 de mayo de 2010).



D.1. Declaratoria de improcedencia

“...“Posteriormente (...) interpone Recurso de Revocatoria contra la mencionada nota y la Autoridad de Supervisión emite “Resolución Administrativa Revocatoria”; asumiendo que el acto administrativo recurrido (nota ASFI/DSV/R-11853/2010)., constituía un acto administrativo definitivo; sin embargo la ASFI declara la improcedencia del recurso interpuesto por no cumplir con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 47 del Decreto Supremo N° 27175 en referencia a la procedencia de los recursos contra resoluciones definitivas, es decir rechaza el recurso por determinar que el mismo es un acto de mero trámite, contradicción legal en la que incurre instancia inferior.

Continuando con el análisis, si tomamos en cuenta la parte resolutive de la cuestionada Resolución Revocatoria ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010, en la que se declara la improcedencia del recurso interpuesto por no ser una acto administrativo definitivo; La Autoridad reguladora no debió emitir Resolución motivada, sino que debió encausar el procedimiento de acuerdo a los presupuestos procesales establecidos por el artículo 42 de la ley de Procedimiento Administrativo; desnudándose una contradicción más.

Por otro lado, si consideramos la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010 como un acto administrativo definitivo; la ASFI tampoco ha cumplido con los presupuestos procesales establecidos en el artículo 25 del Decreto Supremo N° 27175, referente a la forma de notificación que debió realizar de acuerdo a lo expresado *ut supra*.

De acuerdo a lo manifestado, es evidente que la Autoridad de Supervisión cometió una serie de contradicciones que generan una incorrecta aplicación del procedimiento administrativo.

De acuerdo a lo manifestado, el recurrente cuestiona de manera categórica la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010; en sentido de que; si este constituye un acto administrativo definitivo o de mero trámite; acto que fue producto de impugnación mediante Recurso de Revocatoria y Jerárquico; correspondiendo entonces compulsar los antecedentes sobre lo señalado líneas arriba y establecer la adecuada aplicación del procedimiento.

Debemos analizar tanto el cumplimiento de las normas procesales precitadas como los actos administrativos realizados por la Autoridad de fiscalización y de este modo determinar los eventuales vicios procedimentales denunciados por el recurrente, la correcta aplicación de procedimiento establecido y la fundamentación y/o motivación de los actos administrativos emitidos.

Es muy importante dejar expresamente establecido que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 que aprueba el Reglamento a la Ley de

Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera constituye en procedimiento especial para la tramitación de los procesos, recursos e impugnaciones de la actividad regulatoria financiera, siendo de especial y previa aplicación a cualquier otra disposición legal; es así que dicha norma realiza una diferenciación de la condición de Resolución Administrativa con otros actos administrativos de menor jerarquía disponiendo lo siguiente:

“Artículo 17.- (Concepto).

I. Para los fines de este Reglamento, Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que produce efectos obligatorios sobre los administrados.

II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto:

a) Mención de tal calidad.

b) Número de identificación correspondiente.

c) Lugar y fecha de expedición.

d) Los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan.

e) La decisión clara y expresa del Superintendente que la expide y;

f) La firma de la autoridad que la expidió.”

“Artículo 19.- (Otros Actos Administrativos). Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como circulares, órdenes, instructivos y directivas, obligarán a los regulados cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación.”

“Artículo 20.- (Obligación de Pronunciarse).

I. Para interponer los recursos administrativos contra los actos señalados en el Artículo anterior, los sujetos regulados o personas interesadas solicitarán al Superintendente Sectorial que los emitió, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de haber recibido la respectiva notificación, que consigne dicho acto administrativo en una Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada.”

De acuerdo a las disposiciones legales precedentemente citadas, el procedimiento especial en materia de regulación financiera establece; para que los actos administrativos sean susceptibles a ser recurridos por la vía revocatoria necesariamente deben ser actos debidamente motivados de hecho y derecho mediante una “Resolución Administrativa” y no una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010)., que se encuentra catalogada como un acto administrativo de menor jerárquica en concordancia con el citado artículo 19°.

Siguiendo este contexto, el Capítulo V, Sección II, Artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 establecen la impugnación con Recurso de Revocatoria y su procedencia de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 46, “Las Resoluciones Administrativas de los Superintendencias Sectoriales del SIREFI podrán ser impugnadas mediante recurso de revocatoria ante la misma Superintendencia Sectorial que las emitió.”

Artículo 47, “Parágrafo I “Los recursos de revocatoria proceden contra toda resolución definitiva de los Superintendentes Sectoriales que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente, debiendo para la

admisión del mismo, además de su interposición dentro del plazo hábil, demostrar el cumplimiento de la obligación o de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, salvo el caso de suspensión señalado en el Artículo 40 del presente Reglamento.”

Tenemos entonces, que es disposición expresa que la procedencia de los recursos de revocatoria son contra Resoluciones Administrativas y no contra actos administrativos de menor jerarquía.

Si bien es cierto, que la norma regulatoria del sistema financiero delega la responsabilidad al regulado para solicitar que consigne el acto administrativo (nota ASFI/DVS/V/R-11853/2010). en una Resolución Administrativa, tampoco es menos cierto que en caso de omisión por parte del administrado, la Autoridad Fiscalizadora debió reencauzar el procedimiento en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establecen:

“ARTÍCULO 42°.- (CALIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO). El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación.”

“ARTÍCULO 43°.- (SUBSANACIÓN DE DEFECTOS). Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos legales esenciales, la Administración Pública requerirá al interesado para que en un plazo no superior a cinco (5) días subsane la deficiencia o acompañe los documentos necesarios, con indicación de que, si así no lo hiciera, se dictará resolución teniendo por desistida su solicitud.”

En consecuencia, el procedimiento regulatorio llevado a cabo por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no fue concordante con las disposiciones legales administrativas que rigen la materia, así como la Resolución Revocatoria ASFI N° 243/2010 de 30 de marzo de 2010 adolece de una serie de contradicciones tanto en su ratio decidendi como en el decisum conculcando de esta manera el debido proceso al que debe circunscribirse la administración como los demás sujetos procesales; principio legal que engloba una serie elementos supletorios que necesariamente corresponde desarrollar para una mejor ilustración...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010).

D.2. Derecho a la defensa

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

El derecho a la defensa en “lato sensu”, otorga a los sujetos procesales la amplia facultad de ejercer todo tipo de actos que creyeran convenientes para hacer valer su pretensión, corresponde un derecho y/o garantía constitucional que implica el presentar todo tipo de prueba idónea que crea conveniente, así como realizar solicitudes dentro el marco del procedimiento establecido, a ser oído por

autoridad competente y demás actos legales que brinden a estos sujetos la posibilidad de hacer valer el derecho alegado.

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

D.3. De los Daños y Perjuicios

D.3.1 De la reposición de daños y perjuicios

"... Referente a la solicitud del recurrente tanto en su Recurso Jerárquico, así como en su memorial presentado en fecha 27 de octubre de 2009, sobre la reposición de daños y perjuicios, así como las tasas de interés que fueron motivo de las operaciones irregulares, corresponde hacer conocer al recurrente que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solo tiene competencia para dirimir asuntos de puro derecho, verificando que el procedimiento administrativo se haya llevado de acuerdo a Ley, por lo que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tiene competencia para dirimir ni establecer daños y perjuicios, y menos determinar las tasas de interés, los que deberán ser resueltos por la vía llamada por Ley.

Por lo que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no se pronuncia, en estricta aplicación de los Art. 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por analogía el Artículo 7, parágrafo I del Decreto Supremo N° 27113 de 23 de junio de 2003..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 de 30 de noviembre de 2009).

D.3.2. De la determinación del daño bajo supuestos

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

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

Asimismo, lo expresado permite concluir que no existe una debida adecuación entre la gravedad determinada y consiguiente sanción aplicada, por cuanto al no haberse configurado materialmente la figura del daño, no puede establecerse como gravedad media y aplicarse los artículos 286 y 289 del Decreto Supremo No. 24469, conforme determina el procedimiento sancionatorios y el principio de proporcionalidad y debido proceso..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009 de 19 de octubre de 2009).

D.4. Debido Proceso Administrativo

D.4.1. Del Debido Proceso

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

D.4.2. Del Debido Proceso

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

D.4.3. Motivación y Debido proceso

“...Respecto al agravio expresado por (...) S.A. de que se hubiere aplicado un procedimiento y un reglamento de sanciones que no corresponde, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se limita a mencionar, **porque no fundamenta**, las normas contenidas en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, así como las contenidas en el Decreto Reglamentario de la mencionada ley adjetiva, aplicables al Sistema de Regulación Financiera, sin considerar que cuando se deniega una petición esta debe estar debidamente motivada y fundamentada.

Es así que la Autoridad recurrida, dejando a un lado el principio de motivación y consiguientemente el debido proceso:

- No motiva ni fundamenta, cuál era el procedimiento aplicable a la fecha de presentación de la denuncia. (17 de febrero de 2003).
- No motiva ni fundamenta por qué, para el cargo 3, aplicó la Resolución Administrativa SPVS IS N° 172 de 16 de abril de 2001, en relación a la infracción encontrada.
- No motiva ni fundamenta por qué desestima el cargo N° 9 aduciendo que no existe sustento para su imputación
- No hace un análisis de las agravantes y atenuantes de las sanciones ni desarrolla la existencia o no de elementos configurativos de las causales de fuerza mayor como eximentes de responsabilidad alegados para los cargos 1,2, y 8.
- No fundamenta ni menciona cual es la norma que contiene el plazo por el cual, los regulados del sector seguros, deben conservar toda su documentación.
- Aunque menciona los principios de proporcionalidad y tipicidad, no fundamentan ni justifica la cuantía y las restricciones impuestas.

Puede aseverarse que el derecho a obtener una resolución motivada hace a la esencia del principio constitucional del debido proceso, independientemente del resultado que pueda tener, de ahí que el procesalista uruguayo Eduardo Couture en sus “Estudios Procesales de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Pág. 46 señala: **“El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Solo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere”** y dichas razones solo puede obtenerlas mediante una Resolución motivada y fundamentada que constituye el sustento racional del pronunciamiento...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010).

D.4.4. Del Debido Proceso

“...De acuerdo a los agravios presentados por el recurrente, (...) S.R.L. el recurrente alega vicios procedimentales que comprometerían el procedimiento legalmente establecido, alegando en su petitorio la nulidad del acto

administrativo; por lo que previamente a considerar si se realizara una compulsión de fondo, corresponde realizar una revisión de forma al procedimiento administrativo establecido.

El debido proceso consiste en la conjunción de garantías tales como participar efectivamente en el procedimiento pudiendo ejercer todas y cada una de las garantías reconocidas para el efecto, entra las que se encuentran el obtener decisiones correctamente fundadas o motivadas, brindar la seguridad y certeza que el pronunciamiento a emitir goce de todos los requisitos procedimentales exigidos dotando al administrado de la certeza y confianza que los administrados tengan en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de las normas válidas y vigentes confianza que nace de la estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica de los actos y decisiones que asume el Estado a través de sus órganos de poder; que en este caso corresponde a la Autoridad de Supervisión, proporcionándole esa seguridad jurídica que le otorga la confianza de un ordenamiento jurídico público eficaz y transparente.

Otro principio legal que forma parte del elemento esencial al debido proceso es el de congruencia; que en instancia Jerárquica se lo ha desarrollado a cabalidad, teniendo como precedente la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 señala:

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

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

Por otro lado, uno de los principios reglados en la actividad administrativa es el de sometimiento pleno a la ley que no es otra cosa que la subsunción del principio de legalidad que se traduce jurídicamente en el principio político de primacía de la ley en otras palabras "el imperio de la ley" por el que toda actividad administrativa y jurisdiccional está sometida a la ley, siendo este un dogma básico de todo sistema democrático; consecuentemente supone la sumisión de los actos administrativos y jurisdiccionales concretos a las disposiciones vigentes en su generalidad..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010).

D.4.5. Del Debido Proceso

“...Al amparo del precedente administrativo sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 17/2004, de 11 de octubre de 2004, el debido proceso consiste en la conjunción de garantías tales como **participar efectivamente en el procedimiento desde su inicio hasta su conclusión**, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, el acceso a la información y documentación sobre la actuación de la administración, cuestionar los elementos probatorios antes de la decisión, vale decir, se trata de un conjunto de elementos que buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales.

En este contexto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 104/2007 de 29 de noviembre de 2007, señala: “De la lectura e interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones normativas antes transcritas, se puede arribar a la conclusión de que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo así como el Decreto Supremo N°27175 de 15 de septiembre de 2003 reconocen a las personas – sean estas naturales o jurídicas – la posibilidad no solo de iniciar un procedimiento administrativo – sea éste general o específico como es el sancionatorio – sino también de intervenir en todas las instancias, etapas e incidencias del mismo, más aún si se toma en cuenta que la persona haya sido denunciante directo, pudiendo, asimismo, solicitar toda información documental de su trámite o denuncia misma que deber ser atendida con prontitud por el órgano regulatorio correspondiente. Este aspecto inherente a la **participación de los interesados o denunciantes en el procedimiento administrativo, además, no sólo se restringe a los actos emitidos dentro del procedimiento ya iniciado, sino también la participación e intervención puede darse, inclusive dentro de las diligencias preliminares** establecidas por el órgano regulador a los fines de llegar a la verdad material de los hechos, como se ha apreciado anteriormente.” (Las negrillas y subrayados son propios)...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 de 23 de noviembre de 2010).

D.5. Obligación de presentar la documentación de la Autoridad Reguladora

“...Por lo que, queda claro que la ASFI no puso en conocimiento de la Entidad recurrente, la documentación en la que a su vez basó su fundamentación, en transgresión al principio de transparencia y debido proceso...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

D.6. Diligencias preliminares

“...la recolección, investigación y acumulación de elementos de convicción previos al inicio de un procedimiento sancionador no puede ser considerados como inmodificables sino a través de la misma se deberá determinar la existencia

o no de presuntas infracciones y proceder si corresponde con el inicio del proceso sancionatorio.

...El recurrente señala que la ASFI omite considerar que en el presente caso habría una inexistencia de actividades de intermediación financiera, servicios auxiliares o celebración de operaciones de crédito a su vez omite diferenciar dos conceptos una acción u operación de crédito de lo que es una simple compra y venta administrativa de tecnología para la entidad.

Si bien las operaciones observadas y sancionadas de adquisición de bienes y servicios, como tales encuentra dificultades para ser catalogadas como operaciones crediticias (aspecto que es abordado posteriormente) cabe hacer notar que la afirmación "...es una operación **simple** de compra y venta..." argüida por el recurrente, no es evidente. En particular nos referimos a la palabra "simple".

En efecto la evaluación del expediente y de cada una de las operaciones realizadas no pueden catalogarse como "simples" debido a que presentan una serie de características **anómalas o al menos atípicas** que distan de aquellas que dan lugar en una compra venta común y que a continuación se señalan.

- La concesión de adelantos o anticipos materiales (del 50% y 80%) inusuales en las operaciones de compra realizadas y observadas, encontrándose que en el informe /ASFI/DSR II/R-11328/2009 se muestra en su anexo "5" Bs. 7.721.074 en anticipos efectuados en su mayoría en las gestiones 2007 y
- La falta de ejecución de multas previstas en los contratos, por efecto de retrasos en la entrega de los objetos y/o servicios contratados, que según el punto 2.2.1 del referido Informe 11328/2009, alcanzan Bs. 651.223.-
- Las garantías exigidas en los contratos observados cuya fortaleza es claramente menor a aquellas que los manuales de procedimientos de adquisición de bienes y servicios del fondo requerían en condiciones normales.
- Finalmente la relación de vínculos de administración y propiedad entre el comprador y el vendedor que es inexcusable y determinante para la evaluación de los puntos anteriores.

Todos estos aspectos permiten establecer que las operaciones no pueden conceptualizarse como simples, tal como las cataloga el recurrente. Más por el contrario, representan en todo caso operaciones inusuales que se ven agravadas por el hecho de presentar la vinculación mencionada precedentemente y que al menos comprometen la eficiencia de manejo de recursos patrimoniales de (...) S.A.

Ahora bien en referencia a la asimilación de "crédito" que efectúa la ASFI a las operaciones observadas, conviene hacer un análisis completo de la definición, trayendo a colación la Ley de Bancos y Entidades Financieras que la define en su artículo 1 de la siguiente manera:

"Crédito: Es todo **activo de riesgo**, cualquiera sea la modalidad de su instrumentación, mediante el cual la entidad de intermediación financiera, asumiendo el riesgo de su **recuperación**, provee o se compromete a **proveer fondos** u otros bienes o garantizar frente a terceros, el

cumplimiento de obligaciones contraídas por sus clientes.” (negritas insertadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como puede observarse el crédito está definido como un “activo de riesgo” que la entidad financiera provee con el objeto de recuperarlo posteriormente. Es decir el objeto de dicha operación es la recuperación del mencionado activo de riesgo. Y es justamente la incertidumbre o probabilidad asociada a su recuperación que convierte a los fondos provistos en un activo “de riesgo”.

Por tanto el crédito tiene una característica, un objeto (tanto para el que otorga el mismo como para el que recibe) y una forma específica de instrumentarlo. Si bien esta última, -de acuerdo a la Definición legal provista-, es genérica e irrestricta, no puede desprenderse o aislarse de las otras dos características fundamentales anotadas.

Las operaciones observadas por el Ente Supervisor, cumplen a cabalidad algunas de las características anotadas aquí. A continuación se desarrollan las mismas:

En referencia a si estas operaciones han constituido un activo de riesgo para el Fondo Financiero Privado, se puede afirmar que en el extremo, si lo constituyeron, aunque de una forma diferente a la que un crédito lo hace. Recordemos que el concepto de “activo de riesgo” es un concepto general y el “crédito” como tal es uno de tipo particular que puede catalogarse como uno de los diferentes tipos de activos de riesgo.

Se puede afirmar que en el extremo estas operaciones, sí constituyeron activos de riesgo para el Fondo, puesto que generaron adelantos monetarios, los cuales, por su naturaleza y de acuerdo al manual de cuentas utilizado, así como los principios generalmente aceptados de contabilidad (PCGAs), no son reconocidos de inmediato como gasto, sino más bien como un activo dentro de la contabilidad de la entidad financiera.

Es decir, los montos erogados en calidad de “adelanto”, contablemente son registrados como activos del Fondo y se mantienen como tales mientras no se concrete la operación de compra-venta. Únicamente cuando ésta operación se ha concretado, dichos montos dejan de ser un activo “pago por adelantado” para convertirse en el gasto que conlleva la compra de un bien o servicio. Es decir se reconocen como un gasto dentro del estado de resultados y afectan la utilidad.

A más abundamiento, estos pagos por adelantado, registrados en el activo de la contabilidad, también están sujetos a una calificación, puesto que si la transacción no se realiza o por ejemplo el proveedor nunca entrega lo convenido, los mismos PCGAs, requieren que sean provisionados, en la medida que pueda o no concretarse la operación de compra venta o bien en función a su recuperación judicial o extrajudicial.

Por tanto, las operaciones observadas han generado activos de riesgo para el Fondo, pero dichos activos de riesgo son esencialmente diferentes a aquellos que genera un “crédito” como tal, puesto que el objeto de los mismos es diferente, aspecto que se desarrolla más adelante.

En cuanto al objeto de la operación “crédito”, debe distinguirse aquí dos tipos: el objeto que tiene un crédito para el que lo otorga (en este caso el fondo

financiero privado) y el objeto para el que lo recibe. Abordaremos este último anotado.

Es un hecho que la provisión de fondos en forma de adelantos materiales, no fue otra cosa que un financiamiento a los proveedores del bien o servicio, ya que en una operación "simple" y normal como la que el recurrente pretende asemejar, el adelanto o cuota inicial no es otra cosa que un compromiso de seriedad del comprador con la finalización de la transacción y a veces dicho adelanto cumple incluso con las funciones de garantía de seriedad.

Hablar de 50% u 80% de adelanto, es atípico y muestra no solo irracionalidad en la compra, sino también una falta absoluta de capital de operaciones del vendedor que lo convierte en un simple intermediario "sin suficientes fondos" entre el proveedor verdadero y el destinatario final del bien o servicio.

Aún más si dichos adelantos, se encuentran asociados a plazos desmesurados para el cumplimiento del que vende, se ratifica no solo el financiamiento al mismo, sino también la irracionalidad de la operación pues esta provisión de fondos estuvo sujeta a un costo nulo para dicho vendedor.

Con adelantos de tal naturaleza y sujeto a plazos amplios, resultaba más conveniente para la entidad no solo la importación directa o compra directa del proveedor original de los bienes y servicios, así como la contratación directa de los consultores que efectivamente otorguen los servicios adquiridos, sin la necesidad de que intervenga un tercero que, no solo se beneficie per se con un financiamiento a costo "cero" sino también encarezca la operación por los beneficios que pretende lograr.

Resulta no solo ilógico sino sobre todo carente de sentido que una entidad de intermediación financiera, que diariamente hace uso de un principio financiero básico como aquel que postula: **"el dinero tiene un costo en el tiempo"** incurra en este tipo de manejos discrecionales y claramente atentatorios a los intereses de la propia institución, por sumas que, conforme nos muestran los antecedentes, superan el millón de dólares americanos y sobre todo con un importante costo de oportunidad en su propio giro.

Por tanto, ésta también es una característica que cumplen las operaciones observadas, puesto que la definición aportada por la ley claramente establece: "proveer fondos" y no otra cosa ocurrió en los hechos.

Los vendedores de los bienes y servicios contratados por el Fondo Financiero Privado, se beneficiaron de fondos a un costo "cero" para la adquisición de los bienes o servicios que al final entregaron. Aquí la característica de los adelantos materiales y los plazos excesivos permiten respaldar el beneficio aludido y la consecución del objeto para quien recibe los fondos. Abundar más en el tema resulta excesivo, puesto que en condiciones normales los vendedores ante una cuota inicial o adelanto racional, normal y típica de la operación, debieron financiar de alguna forma los recursos necesarios para alcanzar el costo de los bienes o servicios finalmente vendidos. Lo cual no fue necesario en aquellos contratos en que los adelantos fueron excesivos.

La consecuencia del análisis realizado es casi inmediata, si bien las operaciones observadas pueden cumplir: la característica del crédito, así como el objeto para quien lo recibe, es también cierto y evidente que no pueden cumplir **el objeto**

que posee un crédito para quien lo otorga, es decir para el Fondo Financiero Privado.

Esto es así puesto que el objeto de la entidad e intermediación financiera al proveer fondos que se convierten en activo de riesgo, denominado "crédito" es la recuperación del mismo activo que entrego y en ningún caso de otro distinto.

No es otra cosa lo que se establece en la definición del artículo 1 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras cuando enuncia: **"asumiendo el riesgo de su recuperación"**. Obsérvese que la ganancia o interés no es parte de la definición de crédito en la ley, por ello no podemos asumir que el objeto o fin exclusivo radica en esa ganancia

En el presente caso el (...) S.A. entregó fondos con el objeto de recibir a cambio bienes y servicios y con ese exclusivo objeto. Si bien dentro de la colocación de créditos al final de la operación y si su recuperación es infructuosa, la entidad puede recibir a cambio bienes (normalmente dados en garantía), el fin último de ello es convertirlos en el activo que entrego inicialmente. Es decir el objeto primario en la concesión de un crédito es la recuperación del monto entregado.

De esta manera y tal como se lo expuso antes, (sin considerar la forma en que se instrumenta el crédito, dado que ésta es libre e irrestricta de acuerdo a la definición de la Ley) si bien pueden asimilarse algunas de las características de las operaciones observadas a aquellas que definen al "crédito" no pueden prescindirse de ninguna de ellas y en el presente caso una en particular "la recuperación del activo de riesgo" no cumple con la definición técnica de "crédito"

A su vez se tiene que el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto al principio de tipicidad refiere que solo se podrán imponer aquellas sanciones establecidas en las disposiciones reglamentarias, si bien en el presente caso tanto la sanción así como la infracción están determinadas en la norma, se debe determinar si la conducta presuntamente infractora se adecua o se subsume a la de un crédito vinculado, como infracción calificada y sancionada..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).

D.7. Del Derecho a la Petición

"...La Ley N°2341, de 23 de abril de 2002, de Procedimiento Administrativo, en su artículo 1º, literal b), señala como uno de los objetivos de la citada Ley: "hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición ante la administración pública", reconociendo en su artículo 16, relativo a los Derechos de las Personas, en su literal a) y h) que, entre los derechos en cuanto a su relación con la Administración Pública, se encuentran los de: "formular peticiones ante la Administración Pública, individual o colectivamente" y "obtener una respuesta **fundada y motivada** a las peticiones y solicitudes que formulen". (Las negrillas son propias).

El derecho a la petición, es aquella facultad que tiene toda persona para acudir ante cualquier autoridad para llevar solicitudes, las cuales deben tener pronta y fundamentada resolución. El derecho de petición, se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes, a través del mismo, pueden exigir el cumplimiento de garantías, principios, derechos y deberes consagrados en la citada Ley para asegurar que las autoridades cumplan con los deberes del Estado; garantía a la petición que no es una prerrogativa que implique una decisión favorable de la Administración, razón por la cual no debe entenderse lesionado este derecho cuando la autoridad responde al peticionario, aunque la respuesta sea negativa...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 de 23 de noviembre de 2010).

D.8. Del Duopolio de entidades reguladas

“...El recurrente señala la existencia efectiva de duopolio para la calificación de riesgo en procesos de titularización lo que daría lugar a que se afecte la libre competencia.

Sobre el particular, cabe precisar que la afirmación que otorga (...), es incorrecta y contradictoria, ya que por una parte es evidente que existe un duopolio al existir únicamente dos calificadoras de riesgo que ofrezcan el servicio de calificación para este u otros casos, sin embargo el hecho de exigir una o dos calificaciones para que la (...) pueda demandar el producto de las titularizaciones, no implica que exista, deje de existir o desaparezca el duopolio. Una cosa no tiene ninguna causalidad sobre la otra.

La problemática aquí no radica en cómo contrarrestar la presencia de un oligopolio en el servicio de calificaciones, tampoco se aborda o se trata la problemática de si dicho oligopolio es natural o creado o si tiene efectos sobre los precios de los servicios que oferta, o si dichos precios poseen una utilidad anormal o desmesurada respecto al precio de competencia perfecta. De lo que se trata es de evaluar si existe la vulneración de los derechos que el recurrente afirma están siendo afectados.

El asumir la imperfección de un mercado para contrarrestar la necesidad legítima de dotar al inversionista y potencial demandante de mayores elementos de juicio para su decisión, no parece teóricamente sostenible. El afirmar que la disposición convierte un duopolio en monopolio no solo carece de sentido sino también desconoce totalmente la teoría económica de mercados imperfectos y la política regulatoria para contrarrestarlos.

Ni siquiera la convergencia de precios en un duopolio puede dar lugar a la creación de un monopolio, puesto que la misma al ser una de las posibles estructuras a verificarse se la conoce como la solución de Stackelberg, que propone que cada duopolista puede actuar como líder o como seguidor. El líder es el que decide su propio comportamiento de forma independiente, considerando que es el más fuerte y que podrá imponer al competidor ese resultado. El seguidor es el que acepta las decisiones del líder como un dato y optimiza basándose en ellas su comportamiento, aceptando en consecuencia el

precio. Si el duopolio es asimétrico, es decir, tiene un líder y un seguidor, el resultado será estable y contará con un solo precio.

Este único precio no convierte la estructura duopolista en una estructura monopólica, ni en cantidad ni el precio, puesto que la primera es mayor a la establecida en monopolio (y menor a la determinada en competencia perfecta) y el segundo (precio) es menor al del monopolio, pero mayor al de competencia perfecta.

Sin perjuicio de dicha precisión conceptual, importa reafirmar que el hecho de exigir una o dos calificaciones para que la (...) pueda demandar el producto de las titularizaciones, no implica que exista, deje de existir o desaparezca el duopolio, sino la necesidad de contar con dos opiniones distintas de calificaciones de riesgo, a efectos de permitir que las (...) cuenten con mayores elementos para la toma de decisiones en inversiones del Fondo de Capitalización Individual, cuya naturaleza es netamente social..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2009 de 30 de noviembre de 2009).

D.9. Desistimiento

"...Que, posteriormente dando cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto Supremo N° 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente, a través de carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 133/2010 de 7 de octubre de 2010 se fijó audiencia de exposición oral de fundamentos para el día martes 12 de octubre a horas 15:00, sin embargo por carta AJ 111/2010 de 12 de octubre (...) S.A., solicita suspensión de la misma, pide nuevo día y hora de audiencia de exposición de fundamentos por lo que a través de carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 141/2010 de 19 de octubre de 2010 se fija audiencia para el día martes 26 de octubre a horas 15:00.

Que, sin embargo y antes de su realización (...) mediante memorial de 22 de octubre de 2010 presenta desistimiento, en mérito a los fundamentos que textualmente se anotan:

"... Para fines que en derecho nos corresponden y por así convenir a nuestros intereses y habiendo nuestra (...) iniciado las acciones legales correspondientes, mediante el presente memorial presento desistimiento al Recurso Jerárquico interpuesto a la Resolución Administrativa N° 207-20010 de fecha 14 de septiembre del año en curso, solicitándole aceptar en toda forma de derecho."

Que, en ese sentido, el recurrente ha manifestado de manera expresa su voluntad libre y consentida para desistir de su pretensión y no continuar con la tramitación del presente Recurso Jerárquico.

Que, no habiendo afectación al interés público, ni verificado la existencia de terceros legítimos interesados, el desistimiento interpuesto por (...) S.A., debe aceptarse de forma pura y simple, disponiéndose la conclusión extraordinaria del Procedimiento y consiguiente archivo de obrados de conformidad con lo

dispuesto por el artículo 53 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 35 del Decreto Supremo N° 27175...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2010 de 5 de noviembre de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 de 23 de noviembre de 2010).

D.10. Plazo de Distancia

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

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

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

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

Señala el Artículo 32 del Decreto Supremo 27175 que: “Los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden **como máximos y son obligatorias** para los Superintendentes del SIREFI, así como **para los sujetos regulados** y personas interesadas. Se contarán en días hábiles administrativos, entendiéndose por tales todos los días de la semana con excepción de los sábados, domingos y feriados determinados por Ley”

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

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

Finalmente el Artículo 34 establece: “Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por **interesados que tengan su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días hábiles administrativos, a partir del día de**

cumplimiento de plazo" (las negrillas y subrayado son resaltadas para la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

- Cuando el interesado tenga su domicilio en una sede provincial o departamental distinta a la de la Superintendencia que emitió el acto.

Por esta razón se ingresa a considerar la institución del domicilio, sus características y alcances por la importancia de los efectos que de ello se derivan:

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

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

"Art. 55.- (DOMICILIO)

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010).

D.11. Del desistimiento de la impugnación jerárquica planteada

"...Que, en ese sentido, la recurrente ha manifestado de manera expresa su voluntad libre y consentida para desistir de su pretensión y no continuar con la tramitación del presente recurso jerárquico.

Que, no habiendo afectación al interés público, ni verificado la existencia de terceros legítimos interesados, el desistimiento interpuesto por (...) debe aceptarse

Precedentes Administrativos Gestión 2009 - 2010

de forma pura y simple, disponiéndose la conclusión extraordinaria del Procedimiento y consiguiente archivo de obrados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y artículo 35 del Decreto Supremo N° 27175..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2010 de 29 de junio de 2010).



E.1. Expresión de agravios

E.1.1. Obligatoriedad de expresión de agravios

“...Los recurrentes omiten su obligación de expresar de manera clara y precisa cual sería la disconformidad de la Resolución emitida por la Ex SBEF respecto a determinadas leyes, decretos, reglamentos u otros que hubiesen sido excluidos y transgredidos o cual sería el perjuicio o derechos vulnerados que hubiere ocasionado la Resolución Administrativa SB N° 29/2009.

La (...) expresión de agravios, permite que el agraviado seleccione del acto impugnado aquellos argumentos que lo perjudican; si el recurrente no elabora así su expresión de agravios no existe –en rigor- una herramienta apta para cuestionar eficazmente el acto administrativo impugnado.

Siendo este un requisito indispensable para que el recurrente pueda probar su pretensión, no puede emitirse un pronunciamiento sobre el particular...

Por tanto, al no haberse demostrado, ni siquiera mencionado, las supuestas irregularidades acusadas no corresponde mayor análisis que el señalado, sobre los citados argumentos...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2009 de 9 de septiembre de 2009).

E.1.2. De la expresión de agravios en los Recursos Jerárquicos

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

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

E.1.3. La expresión de agravios como requisito fundamental para la interposición de recursos de alzada.-

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

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

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

En conclusión la expresión de agravios en la interposición de recursos de alzada no es un mero presupuesto legal, el cual puede ser obviado al momento de recurrir o impugnar un fallo, ya sea judicial, administrativo, constitucional, etc., o más aún, realizar una transcripción pura y simple de impugnaciones ya realizadas. Realizando una revisión minuciosa de los antecedentes, especialmente del memorial del Recurso Jerárquico interpuesto por (...) S.A., se establece con meridiana claridad que el recurrente, además de limitarse a indicar que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros ha reglamentado una disposición legal ilegal e inconstitucional, en la parte segunda de su memorial (Otrosí 1ro.), realiza una copia textual de los puntos 1, 2 y 3 del recurso de revocatoria interpuesto, llegando a evidenciar que la entidad recurrente no señala ni expresa mayores agravios que motiven la interposición de su recurso; siendo que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ya emitió un pronunciamiento y motivó los agravios presentados por el recurrente en el recurso de revocatoria.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente esta instancia jerárquica emitirá pronunciamiento en derecho y compulsará los antecedentes expuestos en la

segunda parte del Recurso Jerárquico interpuesto por (...) S.A. en resguardo a un eventual derecho a la defensa en favor de la entidad recurrente, debiendo (...) S.A. en posteriores impugnaciones y/o recursos a interponer tomar en cuenta lo glosado, bajo penalidad de no admitir posteriores recursos que no cuenten con la expresión de agravios debidamente fundamentados..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010 de 18 de enero de 2010).



F.1. De la falta de pronunciamiento de la instancia inferior

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

F.2. Fuerza mayor para la presentación de Recurso de Revocatoria fuera de plazo

"...A fs. 50 a 52, cursa en el expediente, certificaciones de Elite Courier y de la Línea Aérea Aero Sur por las que el recurrente presenta prueba respecto a que el incumplimiento del plazo de presentación del Recurso de Revocatoria se produjo por causas ajenas a su voluntad.

*Por lo que, corresponde a esta instancia revisar si la falta de presentación del Recurso de Revocatoria por parte de (...), responde a un motivo de Fuerza Mayor, **como elemento de liberación de la obligación de cumplir...***

...Siguiendo al autor tenemos que: El primer elemento que configura la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta para cumplir; toda vez que la fuerza mayor es impotente por sí misma para producir el efecto liberatorio, si no va acompañada de una condición, negativa y externa cual es la ausencia de culpa del obligado. Dicho en otros términos, cuando el origen de la imposibilidad de cumplir es el dolo, la negligencia o imprudencia, la culpa neutraliza el obstáculo, y el obligado permanece siendo responsable.

El segundo elemento lo configura la imprevisibilidad; lo que significa que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Contrariamente si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, no se estructura el elemento imprevisible.

Finalmente como tercer elemento, conforme concluye Julen Bonicas, está en que el hecho sea irresistible; o sea, que la persona no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

Todos los elementos integrantes de la fuerza mayor antes transcritos, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es

imprevisible pero se lo puede resistir no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible puede preverse.

Es así que, el hecho o suceso no puede calificársele de fuerza mayor por la sola existencia de uno de sus requisitos, o cuando la circunstancia para su realización sea más difícil o más onerosa que lo previsto inicialmente...

...Con fundamento en lo antes expresado corresponde a esta instancia, en uso de la facultad de las reglas de la sana crítica que le compete, respecto a la apreciación de las cuestiones sometidas a su conocimiento, concluir que en el caso en Autos no se han dado de manera concurrente todos los elementos que permitan determinar que el hecho o suceso alegado por el recurrente, constituye una causal de fuerza mayor a efectos de dar curso a la exoneración de responsabilidad y tener por admitido el recurso de revocatoria."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2009 de 9 de septiembre de 2009).

F.3. De la firmeza administrativa y su inmodificabilidad

"...Como se aprecia y en estricta sujeción al proceso administrativo, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no puede concebir que se haya sancionado a (...) por las mismas deficiencias operativas por las que se sancionó a Marco Camacho y sin considerar la Resolución SB N° 68/2002 y la Resolución SB N° 40/2003 de 20 de abril de 2003, que determinaron la responsabilidad intuitu personae de los funcionarios. De igual modo es importante recalcar que no se puede poner en duda la existencia o no de los errores operativos que existieron en el manejo de las cuentas del Consorcio (...) ya que las mismas ya fueron determinadas y sancionadas (Resolución Administrativa N° 68/2002) y se encuentran firme en sede administrativa.

Estas determinaciones firmes en sede administrativa, impiden a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, establecer nuevas responsabilidades a nuevos funcionarios sobre un hecho que a la fecha ya ha sido juzgado y que tiene la calidad de cosa juzgada, no pudiendo nuevamente determinar la existencia de infracciones, cuando las mismas ya han sido determinadas, y por las cuales se ha impuesto sanción..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 de 30 de noviembre de 2009).

F.4. De la fundamentación en la aplicación de la sanción

*"...Con referencia a la disposición citada, (...) de forma textual señala: **"Al respecto hacemos notar que los incumplimientos observados se han referido en todo momento a la operativa interna de (...) y no así a la administración del fondo como tal y menos a perjuicios a los participantes del mismo. En ninguna instancia del proceso administrativo (inspección, informe, la imposición de cargos, etc.) la SPVS ha señalado específicamente la vulneración de esta norma. Imponernos la sanción con este tipo implica no solamente subjetividad, sino prejuzgamiento, por lo que no correspondía en equidad, la multa impuesta."***

La administración de un Fondo de Inversión implica el cumplimiento a todas y cada una de las disposiciones legales que hacen a la sociedad, desde aspectos de carácter general como "la administración del fondo como tal" así como aspectos de carácter particular como la correcta administración de las cuentas de los participantes de manera diligente en todas y cada una de sus operaciones.

Entonces la administración no es más que un proceso sistematizado que lleva consigo la responsabilidad de planear, organizar, dirigir y controlar, en forma eficiente las operaciones de una empresa, para lograr un propósito dado; que en el presente caso es la correcta administración de los recursos de los participantes cumpliendo con la norma tanto de carácter general como la de carácter particular como lo son sus procedimientos internos de control para la eficiente dirección de sus recursos.

Ahora bien con relación a las cuentas investigadas, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros llegó a determinar una serie de infracciones y omisiones en su manejo, traducidos en la imputación de cargos, individualizando todas y cada una de las operaciones realizadas y sus incumplimientos a las normas ya sean de carácter general y/o de carácter interno como se señaló, lo que lleva al órgano regulador haber establecido que sí hubo una deficiente administración en los recursos de terceros con referencia a las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04 siendo congruentemente aplicable lo establecido por el artículo 20, inciso b), Segundo Rango, Numeral 8 del Decreto Supremo No. 26156.

Con relación a lo dispuesto por el artículo Inciso b), Artículo 13 del Decreto Supremo 26156; este será aplicable si se establecieron acciones y/o omisiones culpables y/o ventajas o beneficios para terceros así como perjuicios económicos correspondiendo realizar el análisis de la norma expuesta y los hechos establecidos.

Por otro lado y siguiendo el mismo orden de ideas, respecto al artículo 20, tenemos que culpa es el término jurídico que, según Francesco Carrara, al igual que la negligencia, supone la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes."

De acuerdo a ello tenemos que, subsumiendo los hechos al derecho para la aplicación o no de la sanción debe concurrir cualquiera de los elementos señalados no siendo estos interdependientes entre sí, siendo suficiente la concurrencia de uno de ellos para la procedencia de su aplicabilidad.

Entonces tenemos que, (...) voluntariamente omitió una serie de procedimientos legales e internos en la administración y control de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04, tal como se evidencia de los antecedentes del presente proceso y que no han sido descargadas por (...), citando como ejemplo la falta del llenado de los formularios PCC-03 UIF para operaciones de más de \$us. 10.000, correspondencia dirigida al (...) y no a (...), autorizando al primero la inclusión de firmas autorizadas, tareas efectuadas fuera de los alcances al contrato de distribución suscrito entre partes, etc., reflejando una conducta negligente, inobservando los reglamentos internos de la institución y la

normativa vigente individualizada en la Resolución Administrativa Sancionatoria SPVS-IV No 062 de 06 de febrero de 2009 en los siete cargos y sus diferentes incisos, aspectos constitutivos que denotan culpa del regulado, concurriendo de esta manera el elemento fundamental para la procedencia de la aplicabilidad del artículo 13, inc. b) del Decreto Supremo No. 26156.

Ahora bien, el recurrente señala que no se obtuvo directa o indirectamente cualquier tipo de ventaja para sí o terceros aludiendo que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros subjetivamente implica a terceros sin identificar quienes serían estos los supuestos beneficiados así como a que ventajas directa o indirectas se refiere.

Como se dijo anteriormente, la sanción es perfectamente aplicable si uno de los elementos señalados en el artículo 13 inc. b) Del decreto Supremo 26156 se adecua a la conducta del infractor que en este caso basto realizar el análisis objetivo de los elementos constitutivos de la "culpa" concurriendo éste sobre el actuar de (...)..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009).

F.5. De la obligación de fundamentación

"...Revisado el expediente administrativo, se evidencia que la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, sin mayor fundamentación (cual en derecho hubiera correspondido), resuelve **cambiar la instrucción** impartida al (...)S.A. mediante Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009 de **provisionar** el monto correspondiente al pago del cheque N° 05079-9, al resolver que el regulado constituya una **previsión** gradual del 33.33%, 66.66% hasta el 100% del importe del mencionado cheque.

Se verifica asimismo que la instrucción no queda ahí, ya que la parte considerativa que sustenta dicha decisión determina: "Que, de acuerdo al Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras **Código 250.00 Grupo Previsiones** se tiene que en esta cuenta, corresponde registrar entre otras descripciones que señala el Manual el importe estimado para cubrir el riesgo de posibles pérdidas originadas por juicios contra la entidad. **Bajo ese criterio normativo, la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras en su Título V, Capítulo I, Sección 3 Art. 1° relativo al régimen de provisiones específicas, establece el régimen de porcentajes para constituir provisiones específicas que van por categorías de menor a mayor riesgo, de la categoría A, que provisiona el 1% hasta la categoría H que provisiona el 100%, REGIMEN DE PREVISIONES APLICABLE AL PRESENTE TRAMITE POR REFERENCIA NORMATIVA...**" (el resaltado de negrillas, mayúsculas y subrayado corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Si bien la previsión y la provisión tienen los mismos efectos, porque ambas afectan a la cuenta patrimonio, sin embargo su aplicación es distinta. La provisión se utiliza para hechos ya conocidos que deben ser cubiertos con seguridad a futuro, por tanto el gasto debe ser reconocido según establece el Manual de Cuentas para Bancos y Entidades Financieras en actual vigencia, por tanto dicha provisión

no puede ser revertida; mientras que la previsión se aplica a hechos estimatorios futuros, a posibles contingencias que puedan representar un gasto o no en función al resultado principal con la posibilidad de reversión en caso de no ocurrencia de la contingencia.”

“La Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341, establece de manera insoslayable que los actos administrativos a tiempo de pronunciarse deben tener un “fundamento”(Art. 28 inciso e) y expresar de manera concreta las razones que inducen a emitir el acto, además de sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan a la causa y al derecho aplicable. En suma deben estar revestidos de una congruencia específica. Cuando se trata de recursos de acuerdo al artículo 30 de la Ley 2341, deben ser necesariamente motivados, es decir, están relacionados en la cadena de la petición-prueba-resolución, advirtiéndose que en el presente punto la ASFI actuó en forma contraria por lo que procede la anulación del resuelve 2, debiendo el ente de regulación aplicar el principio de congruencia para emitir el criterio que en ley corresponda...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010).

F.6. De la presentación ante Notario en caso de vencimiento de plazo

“...De la revisión del expediente administrativo se tiene que (...) por memorial presentado el 1 de junio de 2010, presentó ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 85-2010 de 20 de abril de 2010, sin embargo en la última página de dicho memorial que cursa en el expediente administrativo a Fs. 73, se encuentra representación notarial dada por la Notaria de Fe Pública de Primera Clase Nº 035 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo, que da fe de lo siguiente:

“Presentado en fecha treinta y uno de mayo 2010, a horas 6:30, de conformidad al Art 97 Cdgo. De Pdto. Civil, adjuntando fotocopia simple de una guía de consignación N-079663 Doy fe. “

Que, conforme al Artículo 1 de la Ley de Notariado de 5 de marzo de 1858, los notarios son funcionarios públicos, cuyas obligaciones se centran en la autorización de todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, claro está con sujeción a las prescripciones de la ley.

Que, el Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, (en el que la Notario respalda la representación que realiza), determina que:

“En caso de urgencia, y estando por vencer algún plazo perentorio, los escritos podrán ser presentados en la casa del secretario o actuario, quien hará constar esta circunstancia en el cargo. Si no fueren encontrados, el escrito podrá presentarse ante otro secretario o actuario o ante un notario de fe pública del respectivo asiento judicial”. (negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, de igual modo y conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, que en su línea jurisprudencial refiere al cumplimiento de plazos expresa en las

Sentencias Constitucionales: 1583/2003-R de 10 de noviembre, 0652/2007-R de 30 de julio y 0104/2007 de 6 de marzo de 2007 lo siguiente:

“(…) En **caso de urgencia**, y estando por vencer algún plazo perentorio, los escritos podrán ser presentados en la casa del secretario o actuario, quien hará constar esta circunstancia en el cargo. Si no fueren encontrados, el escrito podrá presentarse ante otro secretario o actuario o ante un notario de fe pública del respectivo asiento judicial. Consecuentemente, el acto de presentación de un recurso ante Notario de Fe Pública es válido o auténtico hasta tanto no se demuestre lo contrario, y por lo mismo, no puede negarse un recurso presentado ante este funcionario, basándose en apreciaciones meramente subjetivas. (...)” (negritas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Consecuentemente de lo transcrito líneas arriba se tiene que es innegable la habilitación de presentación de un Recurso de Revocatoria ante Notario de Fe Pública **tanto en el ámbito civil como en el administrativo**, sin embargo y fundamentalmente, esta presentación no se aplica como **una medida sustitutiva o alternativa** para la presentación de recursos de impugnación, ya que la misma corresponde sea aplicada **solamente cuando existan circunstancias excepcionales o de fuerza mayor que hicieran imposible seguir los trámites establecidos en la ley**.

En materia administrativa, las entidades reguladas, se encuentran obligadas a dar cumplimiento de los plazos, mismos que son fatales, al estar expresamente determinados en la norma aplicable, siendo la excepción la posibilidad de presentación ante Notario de Fe Pública, que avale la presentación en tiempo y hora hábiles, pero como se señaló debido a **las circunstancias excepcionales que tengan como característica la urgencia de su presentación**.

En dicha línea de razonamiento, la presentación de un recurso ante Notario, no puede desarrollarse de manera habitual, a voluntad de la parte recurrente y más aún sin la existencia de causal de urgencia que la ampare.

Que, en dicha línea jurídica el Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado mediante Autos A.S. N° 239 de 10 de diciembre de 1997 y A.S. N° 235 de 14 de mayo de 2007, expresando que debe reconocerse como válida la presentación de memoriales y recursos en la casa del secretario o actuario, o ante un Notario de Fe Pública del respectivo asiento judicial cuando expresamente concurren, -debiendo el interesado señalar y fundamentar- caso fortuito o fuerza mayor y urgencia, debiendo hacer constar estos extremos de manera escrita a momento de la presentación ante la autoridad que da fe pública del hecho, el no hacerlo hace que exista una deficiencia en el cargo haciendo improcedente la interposición del recurso.

Por lo que, además de lo expresado, corresponde revisar las figuras de caso fortuito, y fuerza mayor, es así que, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Guillermo Cabanellas se entiende por caso fortuito:

“El suceso inopinado que no se puede prevenir ni resistir (...), los que se apoyan en la causa, estiman caso fortuito el proveniente de la naturaleza (la inundación que corta las comunicaciones); y la fuerza mayor, la

procedente de una persona (el robo que priva del dinero con el cual se iba a pagar) (...)"

Por su parte Guillermo Cabanellas, define a la **Fuerza Mayor** como:

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

Por su parte la doctrina en general señala que se considera fortuito, el hecho causado por mero accidente, totalmente imprevisto, sin que medie dolo ni culpa del sujeto. Cuando algo se considera fortuito normalmente hay una exclusión de la responsabilidad. Por caso fortuito se entiende la situación no prevista, aleatoria y que no existió voluntad de alguien en su creación. La fuerza mayor o causa mayor, es un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever.

Ahora entre las características de estas dos figuras y siguiendo lo expresado por la doctrina, esta justamente **que el hecho debe ser imposible de evitar** aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo, y persona. Adviértase que si consideramos la culpa como la omisión de la diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y sí caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta el hecho resulta inevitable. Asimismo, importa referirse a que si el hecho es extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino la doctrina señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse, lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever. El **hecho tiene que ser ajeno** al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa, de otra manera estaríamos en una hipótesis que no es precisamente "causa ajena", que los romanos denominaban "casus dolus vel culpa determinatus".

Por lo que, queda claro, que para la aplicación de una situación de fuerza mayor, caso fortuito o caso de urgencia, **el hecho debe ser imposible de evitar**.

Subsumiendo lo señalado, al caso de autos, debemos revisar la fundamentación presentada por la AFP recurrente, respecto a la presentación del Recurso ante el Notario de Fe Pública, misma que se transcribe a continuación:

"... que el mismo fue presentado ante Notaria de Fe Pública a cargo de la Dra. María Mendoza Gallardo, en vista de urgencia e imposibilidad que teníamos de acceder a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), toda vez que estaba por vencer el plazo perentorio para la interposición del Recurso de Revocatoria (...)."

De lo transcrito se tiene que el recurrente asevera que al estar por vencer el plazo perentorio para la interposición del Recurso de Revocatorio, presentó –sin más argumento– su Recurso ante Notario de Fe Pública, a la fecha de su vencimiento y aparentemente al límite del horario de recepción que tiene la Autoridad

Reguladora, ya que la Notario pone 6:30 sin la especificación de si es "am" o "pm".

De la compulsa del expediente, tenemos que (...) S.A., no demuestra la existencia de causal que le ampare.

Por lo que, al no demostrarse la existencia de causa de urgencia, ni fuerza mayor, menos caso fortuito, y que la fundamentación se limita a la representación del notario quien realiza una simple referencia al artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, no puede considerarse la misma dentro de los alcances del propio artículo 97.

Por lo señalado, no puede tomarse con válido en el ámbito jurídico administrativo, la aseveración del recurrente de que por el solo hecho de haberse presentado el recurso ante Notario de Fe Pública, el mismo debe ser admitido, toda vez que la norma es de cumplimiento obligatorio y los artículos 46 y 48 de su Decreto Reglamentario No. 27175 de fecha de 15 de septiembre de 2003, claramente determinan que el Recurso de Revocatoria debe ser presentado ante la Autoridad Reguladora y dentro del plazo fatal de 15 días hábiles administrativos, por lo cual no es admisible la presentación ante otra persona (más allá de que sea Notario de Fe Pública) sin mediar las causales requeridas, es decir sin existir causal que demuestre la urgencia de su presentación.

No debe a su vez olvidarse que si fuera válida la aseveración de la recurrente, no existiría la obligación por parte de la administración y de las partes de tramitar los procesos y procedimientos en los términos y plazos establecidos en la norma, los mismos que son determinados **como plazos obligatorios fatales e improrrogables**, conforme prevé la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y su Decreto Reglamentario en sus artículos 21 y 32 respectivamente.

Sin perjuicio de la contundencia legal desarrollada up supra, además se debe tomar en cuenta, que el tiempo que le demoró en llevar el Recurso a las oficinas de la Notario, lo debió utilizar para llevar a las oficinas de la Autoridad llamada por Ley para la recepción de Recursos de impugnación, sin embargo no procedió de dicha manera y presentó el Recurso de impugnación, al día siguiente y ni siquiera a primera hora, sino a las 9:30.

Consecuentemente, la (...), no ha demostrado la vulneración a sus derechos, más por el contrario, se evidencia mediante los hechos de legal trascendencia, que la misma no dio cumplimiento al plazo establecido en el procedimiento administrativo establecido para la presentación de recursos de revocatoria, y que la presentación ante Notario, no puede tenerse como válida, al evidenciarse la inexistencia de causa de urgencia o estado de excepción que se requiere para este tipo de situaciones.

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión de que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por (...) S.A contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 85-2010 de 20 de abril de 2010, ha obrado conforme a derecho.

Que, en dicha línea de razonamiento, éste Ministerio, no puede entrar al análisis de fondo, al no abrirse la competencia requerida para el efecto, ya que el presente Recurso versa en cuanto a la improcedencia o procedencia del Recurso de Revocatoria interpuesto por (...) contra la Resolución Administrativa

AP/DJ/N° 149-2010 de 30 de junio de 2010 que declaró improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa AP/DJ/N° 85-2010 de 20 de abril de 2010 y no así sobre temas de fondo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 026/2010 de 14 de octubre de 2010).

F.7. Motivación o Fundamentación de los Actos Administrativos.

“...La Ley N°2341, en su artículo 28, literales b) y e), señalan como uno de los elementos esenciales del acto administrativo a la causa y al fundamento, asimismo, el artículo 30, literal a), en cuanto a motivación, indica que todo acto administrativo deberá ser motivado con referencia a hechos y fundamentos de derecho **cuando resuelvan recursos administrativos**. Concordante, el artículo 17 párrafo II, literal d) del Decreto Supremo N°27175, de 15 de septiembre de 2003, señala que la resolución administrativa debe contener en su texto los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan y, por su parte, así también lo prevé el artículo 29, párrafo I, literal d), del Reglamento a la Ley N°2341, aprobado por Decreto Supremo N°27113, de 23 de julio de 2003.

En tal sentido, se entiende que por medio de la causa se deberá sustentar el acto **en los hechos y antecedentes existentes y el derecho aplicable** y, que por el fundamento, se deberá expresar en forma concreta de las razones que inducen a emitir el acto administrativo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 029/2010 de 23 de noviembre de 2010).



G.1. De la graduación de la sanción

“...Ahora bien, revisada la normativa sancionatoria aplicable, se tiene que no existe un artículo específico, sobre el monto de sanción que puede imponerse para el caso del incumplimiento a la **instrucción de órdenes judiciales**, por lo que se debe limitar su análisis a los Artículos 99, 101 y 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras que determinan:

“**ARTICULO 99°.-** Cuando las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a la imposición de las siguientes sanciones administrativas:

1. Amonestación.
2. Multa a la entidad financiera hasta el tres (3%) por ciento del capital mínimo...”

“**ARTICULO 101°.-** La amonestación será escrita. Recaerá sobre faltas, infracciones u omisiones leves a los reglamentos, estatutos, normas y políticas internas, instrucciones y circulares de la Superintendencia, incurridas por negligencia o imprudencia no imputables a los representantes legales, apoderados y empleados de la entidad, que no causen daño o perjuicio económico a la entidad financiera ni a sus clientes y se enmienden o regularicen. La reincidencia en la infracción será sancionada con multa.”

“**ARTICULO 102°.-** Las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99°, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicados a directores, síndicos, miembros de Consejos de Administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.”

Por su parte, el Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en el Título XIII, Capítulo II, Sección 2 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, en su Artículo 61° determina que:

“**Artículo 61°.-** Cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia no contempladas en el presente documento, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y, de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de

Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse."

Como se puede apreciar de la transcripción realiza en párrafos anteriores, la ASFI ha fundamentado la imposición de la sanción pecuniaria aplicada al (...) en la facultad conferida en el Artículo 61, al determinar que la infracción cometida no puede considerarse como leve, ya que según dicha Institución, se habría ocasionado un perjuicio al reclamante al no haber cumplido oportunamente la instrucción emanada.

Dicha aseveración, no puede ser considerada por esta instancia jerárquica, al no haber comprobado que el perjuicio se haya materializado, toda vez que revisado el expediente se detecta, que el Juez, en uso de sus atribuciones, determinó que el (...) realice un depósito judicial, por el monto total de retención ordenado por el Juez.

Ahora bien, la ASFI justifica además la imposición de sanción pecuniaria, en la negligencia y falta de controles que originaron el incumplimiento del Banco, situación que ha sido confirmada por esta instancia jerárquica, conforme se evidenció de la compulsa realizada al expediente administrativo, sin embargo y fundamentalmente, la ASFI no ha presentado la motivación debida como elemento esencial del acto administrativo, que justifique la imposición de una sanción pecuniaria de 0.3% del Capital Mínimo Requerido del Banco que equivale a Bs182,210.47 y no una amonestación o sanción menor, habiéndose limitado su argumentación a establecer enunciados, mismos que no pueden asimilarse a una exposición clara y precisa que implica la fundamentación debida de todo acto administrativo.

De lo transcrito queda claro que no se sabe cuáles han sido los criterios usados para la determinación del 0.3% de la multa impuesta, hecho que ha dado lugar a la indefensión del administrado, al no conocer con exactitud, los fundamentos o motivos que impulsaron a dicha determinación.

La ASFI, no toma en cuenta que conforme determina el Artículo 28 de la Ley No. 2341 de 23 de Abril de 2002 de Procedimiento Administrativo, la fundamentación o motivación, es un elemento esencial del acto administrativo, e implica que el mismo debe expresar en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, así como los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y finalmente el derecho aplicable.

Este elemento esencial del acto administrativo, expresado en la parte considerativa o bien denominada expositiva, permite que la Autoridad que emite el acto, establezca de manera clara, precisa y concreta las razones de hecho y derecho en los que funda su determinación. La ausencia de la motivación o la exposición general y no específica, no permite al administrado contar con los elementos mínimos necesarios para ejercer su derecho a la defensa, denotando que la Autoridad Fiscalizadora no de cumplimiento al elemento objetivo a tiempo de la emisión del acto administrativo, cual es la motivación.

Dicho esto y al ser vital dentro del examen de legalidad, la verificación del cumplimiento del principio de motivación en el acto impugnado, y habiendo realizado el análisis correspondiente conforme se apreció precedentemente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del

sector, este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en la revisión de la documentación cursante en el expediente, ha llegado a la conclusión de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha cumplido con la aplicación de dicho elemento esencial del acto administrativo, en cuanto se refiere a la imposición del monto de sanción.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010).

G.2. Calificación de gravedad errónea

"...Consecuentemente se evidencia de los antecedentes del proceso, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitió un pronunciamiento contradictorio con relación a la naturaleza de la nota ASFI/DSV/R-11853/2010 de 05 de febrero de 2010, calificándola en primera instancia como un acto administrativo definitivo y posteriormente como un procedimiento mero trámite entrando en una incongruencia legal al resolver la petición hecha por el recurrente creándole una inseguridad jurídica sobre la certeza y eficacia del acto administrativo emitido y principalmente el derecho a una Resolución fundamentada y regida del principio de congruencia..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010).



I.1. De los Informes Técnicos y/o Informes Legales

I.1.1. Del carácter legal de los informes técnicos emitidos por la Autoridad reguladora

“...Referente al memorial presentado por la Entidad Recurrente en fecha 16 de noviembre de 2009, donde manifiesta que al no existir informes técnicos que sustenten las Resoluciones Administrativas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el acto jurídico sería inválido por haberse vulnerado lo establecido por los incisos b) y e) del artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Al respecto, corresponde precisar que el artículo 28 de la citada Ley, en sus incisos b) y e), determina que la causa y fundamento son entre otros los elementos esenciales del acto administrativo.

Por su parte el artículo 27 del mismo cuerpo legal, determina que se considera acto administrativo a toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa y que produce efectos jurídicos sobre el administrado, además de presumirse legítimo, tener carácter obligatorio, exigible y ejecutable.

Por lo que, queda claro que los informes técnicos, no se asimilan al concepto de acto administrativo, y su ausencia, no invalida la Resolución Administrativa impugnada, más aún si tomamos en cuenta que el informe como tal no obliga a la Autoridad, pudiendo esta separarse a tiempo de emitir el acto administrativo.

Ahora bien, se constata que la Resolución Administrativa ASFI No. 091/2009 de 12 de agosto de 2009, hoy en Recurso Jerárquico contiene la fundamentación requerida con referencia a los hechos y fundamentos de derecho que la sustentan, cumpliendo de esta manera los elementos esenciales del acto administrativo, y por lo tanto no podría viciarse por la ausencia de informes técnicos.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2009 de 27 de noviembre de 2009).

I.1.2. De la ausencia de informes técnicos

“...El recurrente señala que la Resolución RA. SPVS-IP-Nº 331 de fecha 29 de abril de 2009 carece de una fundamentación técnica y legal ya que no existirían informes técnicos que sustenten la Resolución Administrativa.

En principio se debe señalar que de acuerdo a la doctrina del derecho administrativo, para que un Acto Administrativo nazca, se desarrolle y surta plenamente sus efectos en la vida jurídica, debe satisfacer todos y cada uno de

los requisitos o elementos esenciales para su formación, existencia, validez y eficacia, que se refiere al **objeto, competencia, causa, fundamento o motivación, finalidad** y la forma en su expedición, debiendo su producción efectuarse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo que constituye el iter mediante el cual nace.

Esta existencia de los elementos esenciales del Acto Administrativo o el incumplimiento total o parcial de alguno de ellos, que en nuestra legislación se encuentran expresamente señalados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo, constituye el marco de referencia para definir la existencia o no de vicios del acto administrativo.

En este sentido de conformidad al artículo 35 de la ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, son nulos los Actos administrativos en los siguientes casos

- a) Los que hubiesen sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio
- b) Los que carezcan objeto o el mismo sea ilícito o imposible
- c) Los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido
- d) Los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado, y
- e) Cualquier otro establecido expresamente por ley.

De lo dicho anteriormente se tiene que no es correcto el argumento al que hace alusión el recurrente ya que en el supuesto caso de que no exista un informe técnico este no es causal de invalidez, ni causal de nulidad.

Que, de igual manera el recurrente debe considerar que tanto el Informe Técnico y el Informe Legal que dieron lugar a la Resolución Administrativa impugnada no son considerados actos administrativos de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la ley de Procedimiento Administrativo.

Que, de la revisión del expediente administrativo, se constata que tanto las Resoluciones Administrativas AP/DJ/N° 66.2009 y SPVS/IP N° 331 de 29 de abril de 2009, contienen la fundamentación requerida con referencia a los hechos y fundamentos de derecho que la sustentan, cumpliendo de esta manera los elementos esenciales del acto administrativo, y por lo tanto no podría viciarse de nulidad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2009 de 30 de noviembre de 2009).

I.1.3. Sobre el informe SPVS/IV/DI 194/2008 y pérdida de competencia.-

“... (...) alega la violación al principio de imparcialidad señalado un trato discriminatorio, puesto que el informe SPVS/IV/DI 194/2008 fue de su conocimiento por intermedio de un requerimiento fiscal sobre una investigación de competencia diferente. Asimismo señala que al haber permitido que ese informe (SPVS/IV/DI 194/2008), sin descargos y aclaraciones, menos una resolución que lo respalde se destine y emplee por otra autoridad implica una tácita pérdida de competencia.

Sobre el particular, en primer término corresponde analizar las funciones de Ministerio Público y la actividad administrativa.

El Ministerio Público tiene por finalidad promover la acción de la justicia, defender la legalidad, los intereses del Estado y la Sociedad, representándolos conforme a lo establecido en la Constitución y en las Leyes en el ejercicio de la acción penal pública investigando los delitos de orden público. En cambio el Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización de la administración del Estado, los medios y la forma de la actividad administrativa y la consiguiente relación entre aquellas y los sujetos de derecho.

Entonces se establecen ámbitos del derecho totalmente diferentes, ya que el primero concierne al Derecho Penal que juzga los delitos que son de orden estrictamente personal y el segundo a la actividad administrativa del Estado que la ejerce el Órgano Ejecutivo a través de la administración pública que interactúa con el administrado.

Algunos órganos tienen facultades de solicitar información con mayores atribuciones que otros; es el caso del Ministerio Público que por mandato de lo establecido en el artículo 16 de su Ley especial (Ley del Ministerio Público), señala el deber de cooperación de toda persona, institución o dependencia pública o privada siendo de forma obligatoria el proporcionar la información requerida, bajo responsabilidad prevista en el Código Penal.

En este contexto normativo, todo requerimiento realizado por autoridad competente, en representación del Ministerio Público, con las atribuciones conferidas por la precitada disposición legal, debe ser atendido sin más trámite ni formalidad alguna, sin que esta solicitud comprometa la competencia de un órgano administrativo en la investigación de un hecho que vulneren el ordenamiento jurídico administrativo.

El informe SPVS/IV/DI 194/2008, como tal, no implica que el administrado ya se encuentre sometido a un proceso sancionatorio, puesto que se requiere contar con una serie de actuados administrativos normados para llegar a establecer un proceso como tal, así lo enuncia el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, al establecer las etapas de dicho procedimiento; el que necesariamente deberá iniciarse con las Diligencias Preliminares, notificando a los presuntos responsables sobre los hechos susceptibles de iniciación, las normas vulneradas y otras circunstancias relevantes para la investigación previa, y a efectos de que los presuntos responsables, tengan la oportunidad de presentar pruebas, documentos descargos y/o alegaciones en el término previsto por Ley; esta etapa se la denomina "Etapa de iniciación" y se formalizará en un procedimiento administrativo sancionador si se emite notificación de cargos a los presuntos infractores (Art. 82 Ley de Procedimiento Administrativo). Los actos anteriores corresponden a la etapa de averiguación previa antes de la iniciación de un procedimiento sancionador (Art. 81 Ley de Procedimiento Administrativo).

De todo ello se tiene que el informe SPVS/IV/DI 194/2009 no constituye la iniciación de un proceso sancionador, sino de una diligencia preliminar ejercitada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para identificar las presuntas irregularidades cometidas por un administrado para la procedencia o no de una iniciación del procedimiento como tal. Entonces no se puede hablar de una

pérdida de competencia cuando ni siquiera la administración pública inicio un procedimiento sancionatorio.

Siguiendo la misma línea, reiteramos que la inspección realizada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y traducida en el informe SPVS/IV/DI 194/2008 fue como consecuencia de la denuncia efectuada por el Señor (...) quien adquiere una legitimación activa en el desarrollo de la investigación del órgano de regulación de acuerdo al interés legal que motivó su denuncia con el derecho implícito que le asiste el conocer todas y cada una de las conclusiones a las que se arribaron, sin perjuicio que con relación al administrado se inicien las acciones legales – etapa de iniciación (Art. 82 L.P.A.) – para la prosecución de un proceso administrativo por incumplimiento a disposiciones legales inherentes al mercado y su actividad, aspecto que también no limita la competencia del órgano de regulación para iniciar un proceso administrativo por un eventual incumplimiento al ordenamiento jurídico administrativo.

Concluyendo el presente análisis podemos decir que lo que el Ministerio Público investiga son delitos de orden público y de carácter personal pudiendo solicitar la información necesaria a quien corresponda para el cumplimiento de sus fines y la Administración Pública investigará y sancionará contravenciones al ordenamiento jurídico administrativo.

Por último (...) señala que en cuanto a la vulneración flagrante del principio de igualdad y Proporcionalidad la SPVS impone una multa que no corresponde al incumplimiento señalado. En el mismo sentido la SPVS no logra explicar el cálculo para la imposición haciendo referencia nuevamente al Artículo 20, inciso b), Segundo Rango, Numeral 8vo. del Decreto Supremo No. 26156.

Al respecto, esta instancia jerárquica estableció con meridiana claridad líneas arriba sobre los alcances de las disposiciones legales señaladas y la valoración de esto que hizo la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros sobre la multa impuesta en aplicación a lo establecido por el artículo 13 de la mencionada disposición legal..."

(...) señala que se ha violentado lo dispuesto en el artículo 48 parágrafo II de la Ley 2341 señalando que los informes solo son facultativos y no obligaran a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos; por lo que basados en este precepto señalan que no debió ponerse en conocimiento del señor (...) el informe SPVS/IV/DI 194/2208 y menos terminar en el Ministerio Público y que este los asuma como propios y definitivos en una investigación distinta y ajena a (...).

El artículo 48, parágrafo II de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 establece: "Salvo disposición legal en contrario, los informes serán facultativos y no obligaran a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos"

Tal como se dijo anteriormente, el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, señala las etapas del procedimiento administrativo en el que necesariamente deberá iniciarse con las diligencias Preliminares, a los presuntos responsables, para luego iniciar el proceso administrativo sancionador mediante la imputación de cargos imputados. En ese contexto normativo, los actos anteriores realizados –como el Informe Técnico

SPVS/IV/DI 194/2208 – corresponden a Diligencias Preliminares previas antes de la iniciación de un procedimiento sancionador.

Lo que se trata de evidenciar es que el informe cuestionado en materia administrativa fue un indicio para la iniciación de un proceso administrativo, sin que ello inhiba de hacer conocer al denunciante sobre los hallazgos producidos como consecuencia de la inspección realizada, y transparencia a la que se rige la actividad administrativa. Es así que en ningún momento dicho informe actuó como definitivo ya que este fue sometido a un procedimiento de Diligencias preliminares, Notificación de Cargos, presentación de descargos y posterior sanción mediante Resolución Administrativa motivada.

Ahora que, el Ministerio Público con la atribución conferida por el artículo 16 de la Ley de Ministerio Público (Ley especial), haya solicitado el informe SPVS/IV/DI 194/2208, lo hizo con el propósito de investigar la comisión de delitos de orden público sin que este acto limite el accionar el ámbito administrativo de regulación.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009).

I.1.4. De los informes técnicos y legales

“...Por otro lado las Unidades Funcionales (Técnica y Legal) de las Administraciones Públicas, se encuentran delegadas para dar precisamente los elementos técnicos jurídicos necesarios para que la Autoridad Administrativa emita pronunciamiento que respalde su decisión, no siendo un requisito necesario en la motivación de la decisión que dichos respaldos sean transcritos a tiempo de la emisión del acto administrativo, más aún si este cuenta con la relación suficiente de los hechos, valora los antecedentes y fundamentos expuesto y aplica adecuadamente la norma correspondiente.

Asimismo, es importante manifestar que la emisión de un pronunciamiento administrativo ha seguido un procedimiento establecido, desde la formación del expediente donde se encuentran insertos todos los antecedentes procesales que llevaron a la autoridad administrativa a tomar su determinación final, hasta el mismo pronunciamiento plasmado en la Resolución correspondiente. Estos antecedentes que forman parte del proceso, se encuentran a disposición de las partes en cualquier instancia procesal con el principal propósito de que las mismas tengan absoluta y total conocimiento de todas las actuaciones administrativas previas al Acto Definitivo, que conllevaron a la Administración Pública emitir pronunciamiento final.

De acuerdo a todo lo manifestado se tiene que revisados los antecedentes del expediente procesal administrativo, así como la Resolución Administrativa 174/2010 de 05 de marzo de 2010 se evidencia en primera instancia que los Informes técnico y legal ASFI/DSV/R-14309/2010 de 17 de febrero de 2010 y ASFI/DAJ/R-20035/2010 de 03 de marzo de 2010 respectivamente, se encuentran insertos en el expediente y conforman los demás antecedentes procesales que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa ahora impugnada.

Por otro lado, la Resolución Administrativa ASFI N° 174/2010 de 05 de marzo de 2010, hace referencia a cada uno de los puntos esgrimidos en el Recurso de Revocatoria presentados por (...)S.A. realizando una valoración de acuerdo al análisis y criterio legal del regulador, motivando su decisión por cada uno de los agravios expuestos por el recurrente así como trayendo a colación los Informes técnico y legal ASFI/DSV/R-14309/2010 de 17 de febrero de 2010 y ASFI/DAJ/R-20035/2010 de 03 de marzo de 2010.

En conclusión se tiene que la Autoridad Fiscalizadora valoró los agravios presentados por (...) S.A. y emitió pronunciamiento en base a los puntos expuestos por el recurrente y lo manifestado por sus unidades funcionales especializadas, no constituyendo una falta de motivación el no realizar una transcripción de los informes emitidos por estas, menos ser causal de anulabilidad una facultad discrecional de la Autoridad Administrativa transcribir actos procesales administrativos que no enervan la emisión del acto administrativo ni su ratio decidendi..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2010 de 16 de junio de 2010).

I.2. De la irretroactividad

"... el artículo 33 de la anterior Constitución Política del Estado (CPE) establecía que: "la Ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente y en materia penal cuando beneficie al delincuente". Por su parte, la nueva CPE al respecto señala en su artículo 123 que: "la ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado..."

De la normativa transcrita, queda claro que por mandato constitucional y regla general las normas no tienen efectos retroactivos en el tiempo, sus efectos sólo operan para lo venidero desde el momento de su publicación o legal notificación.

En este sentido la Ex SBEF en las Resoluciones SB 0249/2008 y SB N° 020/2009 de 8 de diciembre de 2008 y de 28 de enero de 2009, ha hecho una correcta apreciación de los hechos en cuanto a lo que se entiende por irretroactividad ya que la suscripción de las adendas, no exigía una aplicación con efectos hacia atrás en el tiempo y el hecho de instruir la firma de adendas simplemente obedecía a una adecuación a la norma modificada...

Por lo tanto, no existe violación al principio de irretroactividad como señalan los recurrentes..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2009 de 9 de septiembre de 2009).

I.3. De la facultad de interpretación de las normas

“...Sobre este fundamento en primer término, cabe precisar que no corresponde a los administrados realizar interpretaciones del ordenamiento jurídico en *latu sensu*, limitándose su actuar al cumplimiento de la normativa, siempre y cuando la misma permita su cumplimiento.

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

...Por lo que, sobre este punto, se puede concluir que, en contrario sensu a lo aseverado por la (...) S.A., la norma es clara y no cuenta con vacíos legales que impiden su aplicación, por lo que, las entidades reguladas se encuentran en la obligación de cumplirlas.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009).

I.4. De las infracciones específicas y leves en materia de seguros

“El Decreto Supremo No. 26156, establece las condiciones generales en la aplicación de las sanciones, determinando dos tipos de infracciones las generales y las específicas (Artículo 19 y 20), consecuentemente la tipicidad que describa la conducta del administrado debe estar simétricamente identificada en la precitada disposición legal, observando los aspectos de orden general para llegar a la especificidad de la adecuación de la infracción; en este sentido corresponde analizar si la sanción impuesta conlleva estrecha relación con el tipo adecuado.

Ahora bien, corresponde a esta instancia realizar una valoración de lo establecido en el Título III, Capítulo I del Decreto Supremo No. 26156, estableciendo si la infracción adecuada por el órgano de regulación fue impuesta en cumplimiento a los presupuestos legales establecidos en la norma específica, estableciendo el cumplimiento de la norma y la legalidad de las actuaciones dentro del proceso sancionatorio.

El artículo 20 del Decreto Supremo 26156 norma las **infracciones específicas** que órgano de regulación y fiscalización puede imponer como consecuencia de los hechos, actos u omisiones según escalas adecuadas a la infracción de acuerdo al caso.

Así tenemos que las posibles sanciones establecidas van desde una amonestación a multas en cuatro rangos, alcanzando inclusive la cancelación del registro de la Entidad.

Conforme se verifica de los antecedentes cursantes en el expediente, el recurrente fue sancionado por la Ex SPVS, aplicando la determinación dada por

el inc. b) numeral 7mo. de la precitada disposición legal en vigencia, que determina:

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

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

Primer Rango

... 7) **No cumplir en la forma y plazos** con las medidas o sanciones establecidas por la Superintendencia a través de Resoluciones Administrativas...” (Negritas y subrayado insertado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo que, la EX SPVS aplicó una multa de primer rango, tomando en cuenta que la entidad recurrente, no cumplió con los plazos establecidos en el Artículo 31 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No 250 de fecha 26 de marzo de 2007, característica esencial que configura una conducta descrita de forma específica en el ya transcrito artículo 20 de la mencionada disposición legal.

Ahora bien, importa revisar los montos de sanción que la entidad reguladora puede imponer, en caso de evidenciarse la comisión de una **infracción específica de primer rango**, por lo que se debe transcribir el artículo 13 del tantas veces citado Decreto Supremo No. 26156:

“ARTICULO 13°. (Multas aplicables).- Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:

a) Primer Rango : Desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000 ...

...La aplicación de los rangos señalados se sujetarán a lo dispuesto por el Capítulo I del Título III del presente Decreto Supremo.”

Es así que la Ex SPVS, ha aplicado el monto mínimo del primer rango establecido para las infracciones específicas, cual es el caso en Autos.

Por lo anteriormente expuesto, se tiene que el recurrente actuó con negligencia, elemento configurativo dado por la imprudencia, falta de diligencia toda vez que debió ejercitar las medidas o precauciones necesarias, para realizar oportunamente la revisión trimestral de las calificaciones de riesgo asignadas a (...) S.A., a la emisión de Bonos (...) II y al Programa de Emisiones de Intercambio de Bonos de (...), en conformidad con el artículo 31 de la Resolución Administrativa SPVS-IV N° 250 de 26 de mayo de 2007, que aprueba la Regulación para Entidades Calificadores de Riesgo.

Esta infracción se ajusta a lo dispuesto por el numeral 7mo. Inc. b) del artículo 20 del reglamento de aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 26156 de

fecha 12 de abril de 2001, correspondiendo a la categoría de **“infracción específica”**.

Como se pudo evidenciar, las infracciones específicas conforme prevé la normativa sancionatoria dentro del ámbito de la Ley del Mercado de Valores y normativa conexa, implica la determinación de la imposición de una sanción pecuniaria de primer rango, habiendo la Ex SPVS aplicado el monto menor de dicho rango, es decir \$us.500.- (Quinientos 00/100 Dólares Norteamericanos).

Por tanto se concluye que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ha realizado una correcta valoración de los hechos y los descargos aportados por el recurrente habiéndose ajustado la conducta y sanción impuesta a lo establecido expresamente en la normativa vigente para este sector así como ha dado cumplimiento a los principios determinados en el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 26156 de fecha 12 de abril de 2001, al haber seguido el proceso sancionatorio conforme la normativa citada.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009).

I.5. De la imputación y la sanción y la debida congruencia

“...la EX SPVS, para dichos casos aceptados, establece sanción de amonestación bajo el fundamento de que la documentación no fuera ofrecida de manera oportuna ni a la Comisión de Fiscalización, ni como descargo a la nota de cargo SPVS-N° 1080; tipificación que no ha sido planteada a tiempo de emisión de cargos, y no se encuentra referida al cargo impuesto sobre que la habilitación no se haya efectuado conforme dispone el numeral 2.2.3 de la Guía del Bonosol, aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 y Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006.

Situación que no se ajusta al procedimiento administrativo y menos aún al debido proceso, toda vez que si no se ha imputado dicho cargo, no se puede en instancia de resolver el Recurso de Revocatoria aplicarse sanción.

Sin perjuicio de lo anterior, importa señalar que es evidente la obligación que tiene la AFP de mantener la documentación de respaldo para presentarla en el momento que la Autoridad Fiscalizadora requiera, sin embargo ello no puede coartar el derecho a la defensa consagrada en la normativa administrativa, que garantizará en todo momento el debido proceso.

Por lo que, la modificación de sanción a amonestación por causas distinta a la imputación de cargo no corresponde...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009 de 19 de octubre de 2009).

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010).

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

I.6. Relación de la conducta imputada

"...De su sentido natural se concluye sin esfuerzo que la conducta que debe subsumirse en el tipo y objeto de reproche es que las entidades financieras no podrán otorgar créditos vinculados. En el presente caso y como se analizó y fundamentó en el Considerando anterior, no se ha configurado un crédito como tal, al no reunir las características que hacen al mismo, por lo que no se abre la facultad de la Autoridad Fiscalizadora para sancionar al no aplicar el tipo específico imputado a la conducta del (...) S.A. en el presente caso.

Es así que la Autoridad Fiscalizadora, no puede imputar cargos y sancionar por los mismos, cuando las acciones del administrado no se enmarcan dentro del tipo imputado y más aún cuando responden más a criterios propios de la Autoridad.

La Autoridad Fiscalizadora, no debe olvidar, que los regulados deben tener la certeza de conocer cuales son sus obligaciones y no quedar en la incertidumbre como ocurrió en el presente caso, que se siguió el proceso hasta la sanción, pese a que la infracción supuesta cometida, se basaba en el criterio del fiscalizador y no en la normativa como tal, cual hubiera correspondido..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).

I.7. Imposibilidad de dar cumplimiento a la normativa

"...Para el efecto, el análisis se centrará en el argumento con mayor relevancia que a criterio de este órgano regulador radica en la imposibilidad legal y operativa alegada por el recurrente para dar cumplimiento a la Circular SPVS/IP/DPC/112/2008.

Cursa a fs. 51, 52 del expediente administrativo el Informe N° 02/2009-OJ-II-DN-RC, emitido por el Oficial Jurídico II de Registro Civil en atención a la solicitud de información pedida por el recurrente, (...).

De dicho informe se establece lo siguiente:

Las únicas disposiciones normativas que facultan a la Corte Nacional Electoral a proporcionar información sobre la base de datos del Registro Civil son los Decretos Supremos N° 27991 de 28 de enero de 2005, el 24247 de 07 de marzo de 1996 y el

27090 de 18 de junio de 2003. Estos tres Decretos especifican de manera taxativa las entidades que pueden solicitar y obtener información de dicha base de datos, que son: el SENASIR; los Organismos Electorales, para la depuración del padrón electoral; y, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mencionado textualmente que: “...el Decreto Supremo N° 27090 de 18 de junio de 2003, establece en su artículo 5 que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros es la única entidad facultada para actualizar la información de la Base de Datos de los beneficiarios del Bonosol y gastos funerarios con información de Registro Civil e identificación personal. Esta misma disposición establece que la Policía Nacional y el Registro Civil se encuentran obligados a remitir oportunamente la información que solicite la Superintendencia. Para permitir la aplicación de esta disposición legal la Corte Nacional Electoral y la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros suscribieron un convenio el 18 de marzo de 2005”.

Por lo que se tiene, que:

De la prueba aportada por el recurrente y que se encuentra arimada al expediente administrativo, a fs. 51-52, se establece que el objeto de la Circular impugnada no es material y operativamente posible, por cuanto la (...) no puede acceder de manera directa a obtener la información que permita la comprobación del estado civil actual del cónyuge o conviviente declarado en el trámite de prestación (aunque pueda hacerlo de manera indirecta), toda vez que la Corte Nacional Electoral ha certificado que sólo puede proporcionarse la información de la base de datos del Registro Civil al SENASIR, a los Organismos Electorales y a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

En apoyo a las anteriores consideraciones y aplicando los principios de la sana crítica y razonabilidad –en la perspectiva de adecuar proporcionalmente las actuaciones procesales a los hechos–, se determina que el acto emitido por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros es ineficaz por carecer de uno de los elementos esenciales para su validez, cual es que el objeto sea materialmente posible.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2009 de 22 de octubre de 2009).

I.8. Incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive

I.8.1. Transgresión al principio de incongruencia

“...Ahora bien, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros al aceptar el descargo presentado por (...), para el caso del Sr. (...), en la parte considerativa de la Resolución Administrativa SPVS-IS 223 de 31 de marzo de 2009, no reflejó dicha situación en la parte resolutive, pues pese a desestimarse el cargo y consiguiente sanción por la que la entidad recurrente presentó el Recurso de Revocatoria, debió repercutir en el monto de sanción y no así resolverse la confirmatoria total, ya que resulta ser incongruente, más allá de poder entenderse (aunque no fue fundamentado cual hubiera correspondido) que la lógica del ente regulador fue la aplicación del monto mínimo de la escala que tomó en cuenta.

Por lo que, una vez más se detecta, que no existió un debido proceso, al no haberse fundamentado su definición de confirmar totalmente la Resolución impugnada, más aún si existía la aceptación expresa del desistimiento de un cargo y consiguiente sanción, generando la anulabilidad del acto."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009).

I.8.2. De la incongruencia entre la fundamentación y la parte resolutive

*"...Emite Resolución **Confirmatoria Total** (Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009). cuando en la parte resolutive, está modificando substancialmente la instrucción anterior dada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, es decir de "Provisión" a "Previsión", constituyendo más una rectificación de fondo, que no puede asimilarse a una Confirmatoria Total.*

Si bien, la inconsistencia ha sido rectificada con esta Resolución sin embargo al confirmar la Resolución Administrativa inicial y efectuar la rectificación materialmente diferente a la instrucción inicial, ha vulnerado el Principio de Congruencia que debió respetar el procedimiento administrativo..."

"...Emite la Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009, en incumplimiento al principio de motivación, ya que no fundamenta la modificación substancial que realiza."

"...Esta serie de defectos, ha generado que el derecho a la defensa se vea conculcado, induciendo en error al recurrente, al defenderse respecto a la instrucción de provisión, que habría sido generada como un hecho cierto y no como correspondía en una probabilidad, cual es el caso de autos..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

I.9. De la incorrecta imputación de cargo en base a una aplicación normativa errónea

"...Como se puede apreciar, del análisis ut supra la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, manejan como sinónimos las Reservas por Siniestros no reclamadas con las Reservas por Siniestros Controvertidos, cuando los mismos cuentan con características propias.

Para mejor comprensión, a continuación se transcribe la definición de cada uno de los siniestros que ha generado contradicción en los actos administrativos que se revisan. El Artículo 14 del Decreto Supremo No. 25201 de 16 de octubre de 1998, determina que:

"Siniestros Controvertidos: Comprende todas aquellos siniestros cuya liquidación ha sido controvertida por las partes."

"Siniestros por Liquidar: Incluye todos aquellos siniestros denunciados a la entidad aseguradora y cuyo informe de liquidación aún no ha sido

recibido a la fecha de los estados financieros. También deben considerarse aquellas denuncias que no han sido enviadas al liquidador.”

Por su parte, el Plan Único de Cuentas y Manual de Contabilidad, cuyas modificaciones han sido aprobadas por la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 180 de 27 de febrero de 2008, conceptualiza ambas definiciones de la siguiente manera:

“CONTROVERTIDOS

CONCEPTO Es la provisión técnica por siniestros que resultan de una evaluación preliminar, pero que técnicamente aún no fueron aceptados por la entidad, por motivos atribuibles al asegurado, asegurador o por riesgos técnicos inherentes al acontecimiento del siniestro, que afectan el trámite de indemnización.”

“RECLAMADOS POR LIQUIDAR

CONCEPTO Es la provisión técnica por siniestros reconocidos por la entidad y se encuentran en proceso de liquidación. La constitución de reservas técnicas de siniestros, es el inicio del proceso de indemnización, que se realiza en forma secuencial y cronológica entre la entidad y el asegurado, conforme al acontecimiento que ocasionó el evento y documentos que se requieren para respaldar el mismo...”

Es así que, la Reserva para Siniestros Reclamados por Liquidar es una provisión técnica que la entidad aseguradora realiza, cuando el reclamo por siniestro ha sido presentado y aun no se ha establecido con exactitud el monto del siniestro. Por su parte la reserva para siniestros controvertidos es una provisión que realiza la aseguradora cuando habiendo sido rechazado por ella, el asegurado o beneficiario de la póliza no se encuentra de acuerdo con el rechazo.

La diferencia entre ambos, radica en que el primero se constituye mientras el siniestro se encuentra en tramitación en la aseguradora, mientras que el segundo, cuando éste ya ha sido objeto de rechazo

Por lo expuesto, y como se evidencia en el expediente administrativo, la Autoridad Fiscalizadora ha incurrido en una manifiesta contradicción en los actos administrativos que ha emitido en el proceso administrativo sancionatorio en análisis, debido a que a tiempo de emitir el cargo ha descrito un precepto legal (*praeceptum legis*) distinto al que ha sancionado (*sanctio legis*), generando confusión, ya que o no ha hecho una correcta tipificación, o en su caso no ha fundamentado congruentemente la sanción impuesta, toda vez que se imputa y sanciona a (...), por no haber mantenido reserva por siniestros reclamados, sin embargo en contrario sensus la fundamentación que da origen a la sanción refiere al incumplimiento de mantener reserva por siniestros controvertidos.

Este accionar demuestra que la Autoridad Supervisora, no ha dado cabal cumplimiento a los principios que rigen la actividad administrativa sancionatoria detallados en el numeral 1.1 del presente Considerando, por cuanto, no ha presentado el nexo que debe primar en el debido proceso sancionatorio (Cargo, prueba y Sanción) y no ha demostrado la causalidad entre la supuesta conducta

infractora y las disposiciones jurídicas presuntamente lesionadas, más al contrario ha generado confusión al regulado, al imputar un cargo diferente por el que ha fundamentado y aplicado la sanción correspondiente.

Esta situación, ha privado al regulado de poder presentar su defensa dentro del marco de respeto del debido proceso, ya que no puede modificarse la imputación de cargos a tiempo de valorar los descargos presentados y dicha modificación ser la base para la imposición de la sanción.

Consecuentemente, la Autoridad Supervisora, debió velar por el debido proceso y observar el principio de congruencia a tiempo de emitir la Resolución Administrativa Sancionatoria, la Resolución Administrativa confirmatoria, y no como sucedió en el presente proceso.

*Asimismo, al imputar el cargo por supuestas infracciones de manera general determinando infracción a **todo** el artículo 14 del Decreto Supremo No. 25201 de 16 de octubre de 1998, sin determinar el inciso que corresponde a la infracción cometida, transgrede a su vez el principio de tipicidad y genera para la regulada incertidumbre a tiempo de presentar sus descargos.*

Todo ello, repercute sin lugar a dudas, en el debido proceso y la seguridad jurídica, al haberse violado los principios generales y específicos del proceso administrativo sancionador y al no haberse adecuado los hechos al derecho.

Por lo que, al existir vicios procedimentales en los actos administrativos emitidos por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, obliga a este Ministerio de Economía Y Finanzas Públicas corregirlos, no correspondiendo ingresar a otros aspectos del Recurso Jerárquico planteado.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

I.10. De la imposibilidad material del cumplimiento de la norma

“...Otro aspecto que señala el recurrente es la imposibilidad de comunicar al regulador la decisión de cambio de horario con diez (10) días de anticipación, argumentado que los Comunicados 15/08 y 16/08 emitidos por el Ministerio del Trabajo fueron publicados con veinticuatro horas de anticipación a los feriados de navidad y año nuevo los que hacía “materialmente imposible” comunicar al regulador sobre el cambio de horario en plazo establecido.

De acuerdo a lo señalado precedentemente, analizando la documentación cursante en el presente recurso (Fs.33) se tiene que mediante nota PREV-RRHH-05-08 de 28 de enero de 2009 emitida por (...) S.A. a la Intendencia de Pensiones de la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros señalando lo siguiente:

*“Punto 1.- “En fecha 23 de diciembre y 31 de enero (sic) del año 2008, el horario de atención al público en (...) fue de hrs. 9:00 AM a 14:30 PM, el mencionado horario fue comunicado al público en general mediante la publicación en distintas oficinas a Nivel Nacional, con la colocación de avisos informativos en las puertas de ingreso, esta misma información ha sido difundida a través de los paneles informativos en todas nuestras oficinas. **Las comunicaciones antes señaladas, fueron realizadas a partir del***

día 15 de diciembre del 2008.” (Las negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De acuerdo a lo glosado, se llega a evidenciar que (...) S.A. tomó la decisión de trabajar en horario especial (9:00 a 14:30), desde fecha 15 de diciembre de 2008, consecuentemente se infiere que el regulado tuvo el tiempo necesario para cumplir con lo dispuesto por el artículo tercero del Anexo I aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS/IP N° 1201 de 23 de diciembre de 2005 y comunicar al órgano de regulación con la antelación necesaria al cambio de horario realizado. Consecuentemente lo aseverado por el recurrente no es congruente con la documentación cursante, denotando una conducta inadecuada al pretender confundir, tanto al órgano de regulación como a esta instancia jerárquica con argumentos contradictorios que claramente evidencian la infracción cometida por el administrado; conducta preterintencional que se adecua a lo establecido por el inc. c) del Artículo 286 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997.

Con referencia a los preceptos jurídicos que rigen en material laboral como “in dubio pro operario”, “de la condición más beneficiosa” y “el principio intervencionista del estado” a los que hace referencia el regulado; efectivamente dispone que en el caso de existir duda sobre la interpretación y/o aplicación de una norma, esta debe realizarse en sentido a la que más favorezca al trabajador. Empero, de acuerdo a todo lo compulsado se tiene que las dos disposiciones legales a las que se pretende confrontar (R.A. SPVS/IP N° 1201 y los comunicados del Ministerio del Trabajo), llevan congruencia y armonía entre sí, disponiendo un horario de atención al cliente de ocho (8) horas y una jornada continua laboral de ocho (8) horas no teniendo porqué existir duda sobre la interpretación de ambas, menos invocar principios laborales que en el presente caso no aplican. Consecuentemente, se tiene que los argumentos presentados por el recurrente no son legalmente sustentables para desvirtuar el cargo imputado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2010 de 5 de abril de 2010).



J.1. De la Jerarquía normativa

J.1.1. De la Jerarquía Normativa

"...Necesariamente para hacer el análisis de fondo, habrá de referirse a lo establecido en nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 331 que refiere: "Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión del Ahorro, son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y la ley", disposición que debe ser observada por la administración y los administrados.

...En toda norma jurídica se identifica tres elementos esenciales: la generalidad, la abstracción y la coercibilidad.

La generalidad de la norma, según A. Dabin implica que la misma debe ser concebida fuera de toda consideración individual.

La abstracción de la norma, se da en función a que toda norma jurídica no está diseñada para un caso concreto o individual sino para todos los casos que se enmarquen en el concepto jurídico o tipo, que integra el supuesto normativo.

La coercibilidad como tercer carácter, que no hace al elemento esencial, sino a la cualidad de la norma, que permite su aplicabilidad para hacer efectiva la norma que no es cumplida de manera voluntaria.

En el caso concreto, interesa el elemento configurativo de la norma jurídica, cual es la abstracción, ya que la misma no norma de manera específica que tipo de servicio será o no motivo de comisiones.

Debido a la abstracción de la norma, como elemento configurativo, las reglamentaciones dadas por los órganos competentes, vienen a suplir la poca comprensión del concepto jurídico emitido.

Es así que, conforme a la nueva Constitución Política del Estado, el Código de Comercio y la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la Autoridad Fiscalizadora y Reguladora, que cuenta con la atribución de regular y normar es la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (antes Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras)

Siguiendo la línea de análisis, se advierte que la Ex SBEF en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 153 y 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, ha regulado mediante normativa expresa los alcances del Artículo 42 de la LBEF, emitiendo el Reglamento de Tasas de Interés, donde determina la prohibición de cobrar comisiones por mantenimiento de cuenta y uso o mantenimiento de tarjetas de débito, ni por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera.

Los fundamentos entre otros de dicha prohibición conforme anota la ex SBEF en las Resoluciones Administrativas SB N° 020/2009 y SB N° 0249/2008, son el de brindar mayor protección a los clientes y usuarios del sistema de intermediación financiera, así como el hecho que la tasas de interés activas y pasivas deberían cubrir todos los costos **relacionados** con las operaciones activas y pasivas.

De lo transcrito, queda claro que no existe violación al principio de Jerarquía Normativa primero, porque como ya se dijo antes la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha regulado y reglamentado los alcances del Artículo 42 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras sin contradecir lo determinado por la misma, cumpliendo así con el contenido de que toda declaración, decisión o disposición que emite debe circunscribirse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico; en este caso, la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en sujeción a lo previsto por el artículo 4 inciso c) y h) de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de 15 de abril de 2002. Segundo, es la propia Constitución Política del Estado que establece que: "Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo y aprovechamiento e inversión del Ahorro, **son de interés público**" con lo que queda plenamente demostrado que no existe violación al principio de jerarquía normativa."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2009 de 9 de septiembre de 2009).

J.1.2. De la Jerarquía Normativa

"...Sin perjuicio de lo determinado en el numeral 1.1, respecto a la inexistencia de antinomia de normas, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI No. 031/2009 de 15 de junio de 2009, erróneamente resuelve que el pago de Tasas de Regulación utiliza como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, y ello **se da sólo en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, y que es en razón y aplicación de lo previsto en la Constitución Política del estado que dispone la aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía**, toda vez y como se ha podido apreciar en los numerales anteriores, la normativa de la materia es contundente, por lo que dicha determinación debe ajustarse a derecho..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2009 de 27 de noviembre de 2009).

J.1.3. De la Jerarquía Normativa

"...El recurrente señala que la resolución impugnada es contraria a una norma de rango superior (Decreto Supremo N° 065 de 3 de abril de 2009), específicamente el Artículo 4 Inc. a) y b), que refieren "Derecho a la libre elección del producto o servicio, en el marco de la normativa vigente para cada actividad y el segundo "A recibir la tutela efectiva del Estado en el uso y consumo de productos y servicios; "

Antes de entrar al análisis de fondo, el recurrente debe considerar lo ya expuesto en la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, que en su artículo 45 consagra el derecho a la seguridad social determinando la obligación que tiene el Estado de garantizar la misma.

Esta cita a la carta magna se realiza, debido al fin que persigue la norma emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Ex SPVS), cual se fundamenta en la parte considerativa de la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 331 de 29 de abril de 2009, al señalar que la norma regulatoria permitirá que las decisiones de inversión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) sean objetivas, bajo un panorama de mayor certidumbre, tendiendo a minimizar el riesgo en las inversiones, que finalmente repercuten en la Seguridad Social de largo plazo, y en protección a los Afiliados y sus Derechohabientes.

Dicho esto se tiene que la Autoridad de Fiscalización de Control Social de Pensiones, ha emitido el requerimiento de una doble calificación como medida de seguridad frente a las inversiones, tomando en cuenta que los fondos a invertirse corresponden al Fondo de Capitalización Individual cuya administración se encuentra a cargo de las AFP, mismos que tienen el carácter netamente social, y permitirán el acceso a la jubilación y demás prestaciones del Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO).

En consecuencia, la responsabilidad y la obligación de contar con dos calificaciones, permite otorgarle seguridad a tiempo de la toma de decisiones, resguardando el capital que permitirá la prestación en el SSO, dentro del marco de las obligaciones que cuenta las Administradoras de Fondos de Pensiones de los portafolios de inversiones compuestos por los recursos de los fondos de pensiones y deben cumplir con la disposición referentes a límites de inversión y calificación de riesgo, conforme al inciso b) del artículo 31 de la Ley de Pensiones N° 1732 de 29 de noviembre de 1996.

Por lo que, al contar la normativa regulatoria –hoy impugnada- con sustento constitucional, sobre la protección y garantía a la Seguridad Social de largo plazo, la misma goza de toda validez, y no puede ser sobrepuesta por la prestación de servicios de uno de los operadores, dentro del proceso de Calificación de Riesgo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2009 de 30 de noviembre de 2009).

J.1.4.Sobre la jerarquía normativa e inconstitucionalidad de la norma

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

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

darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 410 de la Constitución Política del Estado.

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

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

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

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

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

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010 de 18 de enero de 2010).



L.1. La libertad contractual en el ámbito administrativo

“...En primer término y de la revisión sistemática de la Ley de Bancos y Entidades Financieras (1488) y normas conexas, se puede afirmar que la Autoridad Fiscalizadora, no cuenta con atribuciones y menos competencia, para instruir la emisión y suscripción de adendas de contratos suscritos entre partes, debido a que las modificaciones de carácter contractual son potestad de las mismas. Por lo que la Autoridad ha excedido el ámbito de su competencia.

Asimismo, no debe dejarse a un lado, el hecho de la imposibilidad de aplicación, ya que más allá del beneficio para el cliente de la Entidad Financiera, el mismo conforme sus facultades, puede no suscribir la Adenda, generando la imposibilidad de su ejecución y cumplimiento, situación que claramente contraviene uno de los elementos fundamentales del acto administrativo determinados en el Artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo que determina que el objeto debe ser cierto, lícito y **materialmente posible...**

...En el marco de su competencia, la Ex SBEF hoy ASFI ha determinado que las entidades de intermediación financiera no podrán realizar cobros por uso o mantenimiento de tarjetas de débito, ni por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera, dentro del territorio nacional, situación que tiene por fundamento el interés público de protección directa y permanente del estado al ahorro del público y los derechos del consumidor financiero.

No debemos olvidar que el Estado conforme determinaba la anterior Constitución Política del Estado, y establece la actual, es quien tiene la obligación de tutelar el interés público en las actividades de intermediación financiera, donde el ahorro es el elemento esencial del sistema financiero, que permite el funcionamiento de las entidades de intermediación financiera.

Es así que siguiendo la determinación expresa del párrafo II del Artículo 454 del Código Civil que determina la subordinación de la Libertad Contractual a los intereses dignos de protección jurídica y a los límites impuestos por Ley, es que la ASFI no ha violado o transgredido la libertad contractual, con la modificación introducida al Artículo 7 de la Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés...

...Por lo anteriormente expuesto, la Ex SBEF hoy ASFI no cuenta con facultades para determinar la suscripción de adendas, sin embargo tiene la atribución de regular y supervisar que las modificaciones determinadas en normativa sean aplicadas a partir de la vigencia de las mismas.

De ello se desprende que, al haberse emitido la Resolución Administrativa SB N° 0249 de 08 de diciembre de 2008 y entrado en vigencia, su cumplimiento es obligatorio a partir de su notificación o publicación, no sólo para los clientes que

Precedentes Administrativos Gestión 2009 - 2010

suscriban nuevos contratos sino también para todas las transacciones realizadas por los clientes antiguos con quienes los recurrentes hubieren contratado."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2009 de 9 de septiembre de 2009).



M.1. De la participación del Ministerio Público

“... (...) refiere que la ASFI hubiera dado la negativa a la participación del Ministerio Público en el presente proceso constituyéndose este hecho en una violación de derechos y Garantías Constitucionales y legales.

Respecto a la negativa de la participación del Ministerio Público dentro de este procedimiento se tiene que, el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece: “El Ministerio Público podrá participar y actuar en procedimientos administrativos, conforme a su Ley orgánica, cuando de manera fundada, establezcan la necesidad de vigilar la legalidad de los procedimientos y la primacía de la Constitución y las leyes. No podrá invocarse la nulidad de actuación administrativa alguna, fundada en la ausencia de intervención del Ministerio Público”

De lo transcrito se tiene que la Intervención del Ministerio Público es **una prerrogativa y no una obligación que tiene la administración** de solicitar la participación del Ministerio Público, cuando esta de manera fundamentada, establezca la necesidad de vigilar la legalidad de los procedimientos y la Primacía de la Constitución Política del Estado. En el presente caso la ASFI determinó que no existía la necesidad de intervención del Ministerio Público, decisión que fue puesta en conocimiento de (...) SRL., por lo que la negativa y ausencia de éste no puede ser entendida como una vulneración a derechos y garantías Constitucionales...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009 de 30 de noviembre de 2009).

M.2. De la motivación

“...Que ante este escenario, es preciso remitirnos a lo que la doctrina en materia de Derecho Administrativo prevé sobre la motivación y fundamentación de los actos administrativos:

En este sentido, Gabino Fraga define la motivación del acto administrativo señalando que: “...La motivación “es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad”.

Por su parte, el doctor Lora, manifiesta que la administración tiene el deber de motivar algunos de sus actos, es decir, debe indicar además de su parte dispositiva (o contenido del acto en sentido estricto), una sucinta referencia de sus fundamentos fácticos y jurídicos. En los demás casos, las resoluciones contendrán la decisión adoptada. Cuando la motivación sea obligada y se omite

o sea excesivamente genérica, el acto está afectado por un vicio formal, producirá su anulabilidad. Refiere que “las alegaciones relativas a la motivación, en cuanto elemento formal, se examinan con carácter previo al fondo del asunto. La profesora Cabrera Cabanillas manifiesta que: “...Conforme la doctrina mayoritaria, estamos refiriéndonos en principio a la motivación de los hechos, que no es otra cosa que un instrumento para erradicar la Arbitrariedad del Poder y Fortalecer el Estado Democrático de Derecho. La motivación tendrá como finalidad la justificación de la Decisión Judicial, que es la conclusión de un Silogismo, que muestra la corrección del Razonamiento Lógico que conduce a la premisa mayor conformada por la norma y a la menor, por el hecho histórico, a la conclusión”.

Para el autor brasileño Alberto Ramón Real, la motivación de un acto va más allá de sólo ser eso, es “la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende [o cree] sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”, por tal, debe ser llamada fundamentación. Continúa diciendo, el maestro argentino, que la motivación (o fundamentación) de un acto administrativo implica no sólo la exigencia de una formalidad, sino también la lucha por la abolición del absolutismo, régimen en el cual sobraba la resolución de un acto para ser válido, a pesar de ser totalmente arbitrario.

Por su parte, Orlando Santofímio , citando a Josserand, señala que estudiar la motivación del acto administrativo implica “penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos: (...) ya que los móviles [la motivación] no son otra cosa, sino los resortes de la voluntad, la cual, a su vez da vida al Derecho.”, por ello, el profesor citado, meritoriamente indica que “ las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo”. De igual manera, el Profesor Agustín Gordillo, en su obra Tratado de Derecho Administrativo, señala: “... La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación: Corresponde también identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto administrativo, diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto, cuidando no prestar una atención desmesurada a ésta, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo o de la situación fáctica que le da o quita sustento. En otras palabras, es indispensable que en el análisis de los hechos se perciba la realidad y no solamente el texto del documento, tratándose de un acto escrito; o las palabras o circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos. En efecto, el análisis del acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona —lo diga o no la motivación—, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación”.

El doctrinario español Eduardo García de Enterría en su obra Curso de Derecho Administrativo, expone sobre la motivación del acto administrativo y señala que:

“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.” De igual manera, este autor señala al respecto: “...” Los actos administrativos deben estar justificados, deben decir las razones por las cuales se adopta. Los fundamentos de hecho y derecho que motivan la decisión. A ello se le denomina también motivación. La falta de motivación genera la nulidad del acto administrativo.

Siguiendo esta línea doctrinal, debemos expresar que por ejemplo, Gordillo en un agudo párrafo sobre la motivación enseña que constituye «La fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada». Asimismo, la garantía de la fundamentación del acto no es una cuestión secundaria, instrumental, prescindible, subsanable. Así como una sentencia no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, es arbitrariedad, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del derecho y no por encima de los hombres. Con base en los hechos del caso y no con invocaciones abstractas y genéricas aplicables a una serie indeterminada de casos. Por ello se ha dicho también que si una decisión no expresa cuáles son los motivos, en verdad ya no los tiene en el doble sentido de carecer asimismo de sustrato fáctico, de sustento en los hechos que deberían determinarla. Antes se expresaba que el acto que carece de explicación carece también de causa. No es lo que recibimos de la jurisprudencia. La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos. Otros autores también han advertido contra ese fenómeno de mantener los vestigios del absolutismo, radicados ahora en el Poder Ejecutivo, de la clandestinidad (llámese reserva, discreción, secreto, etc., pero clandestinidad al fin), so pretexto de proteger o tutelar el bien común o el bienestar general.

Es un hecho que la fundamentación o motivación del acto, contenida dentro de sus considerandos, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su emanación, o sea sus motivos o presupuestos; es la exposición y argumentación fáctica y jurídica con que la administración debe sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. Por ello es el punto de partida fundamental para el juzgamiento de esa legitimidad.⁸³ Debe incluir no una mera enunciación de hechos, sino además una argumentación de ellos; o sea, debe dar las razones por las que se dicta, lo cual puede orientar al intérprete hacia el fin del acto.⁸⁴

El maestro Serra Rojas, expone que el motivo o la motivación del acto administrativo es el antecedente de hecho o de derecho que provoca y funda su realización.

Para Hildegar Rondón de Sansó, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, el termino motivo sugiere a la mente del jurista tres ideas distintas: Sugiere en primer lugar, la idea de la finalidad que se persigue a través de

la emanación del acto y por medio del acto mismo. Esto es, alude al resultado que se espera obtener de los efectos del acto. Conceptuado así, el motivo vendría a constituir un elemento ideológico y a identificarse por ello con el fin o finalidad del acto. Jorge Enrique Calafell, en su obra "La Teoría del Acto administrativo", señala que la idea del motivo del acto sugiere su identificación con tres distintos conceptos: 1) Con el concepto teleológico de la finalidad del acto; 2) Con el concepto de presupuesto del acto; y, 3) Con el concepto sustancial de fundamento del acto.

El Profesor Agustín Gordillo, ha precisado que existen dos conceptos íntimamente ligados: el de motivo y el de motivación de los actos administrativos. El motivo es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. La motivación es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.

Que, conforme lo establece la uniforme doctrina en la materia, así como nuestra propia normativa, todos los actos administrativos para su validez deben estar debidamente fundamentados.

Que, es obligación de la autoridad verificar y controlar que todos los procesos se lleven conforme lo dispone nuestro ordenamiento jurídico y que los mismos cumplan con todos los requisitos y exigencias legales para su validez, así como no se vulneren derechos de los administrados, en esta vía, es necesario revisar y analizar todos los actos administrativos desarrollados a lo largo del presente proceso.

Que, del análisis de la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, se establece que la misma se limita a efectuar una descripción y transcripción de la nota de cargos imputados a (...). así como de los descargos presentados por (...), para posteriormente intentar configurar esos hechos y omisiones a normas vigentes, sin embargo, de la lectura de la misma se evidencia que a momento de establecer la infracción no se fundamenta de manera alguna las decisiones tomadas.

Que, de igual manera, del análisis de la Resolución Administrativa ASFI N° 086/2009 de fecha 10 de agosto de 2009, se evidencia que si bien a momento de calificar las infracciones y las sanciones se amparan en normas legales vigentes, no existe una adecuada motivación y justificación en cuanto se refiere a la decisión asumida, aspectos que hacen al fondo del acto administrativos

Que, la Doctrina también expone su punto de vista sobre las falta de fundamentación o motivación en los actos administrativos y su consecuencia, en ese sentido, el autor Zelaya señala que: "La falta de explicitación de los motivos o causa del acto administrativo [...] nos pone en presencia de la arbitrariedad. Es el funcionario que dice «esto es así y así lo dispongo porque es mi voluntad». La antijuricidad de tal conducta me impide ver en tal acto un vicio leve. Lo veo gravísimo, privando al acto de presunción de legitimidad y de obligatoriedad. La omisión de explicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión debería determinar, por regla, la nulidad del acto. Pero a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirlo impropriamente con un vicio solamente formal, cuando en verdad, según vimos, la falta de fundamentación

implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto.

De la misma manera Agustín Gordillo señala que: "Todo ciudadano que está inmerso en un proceso administrativo tiene el derecho a que se dé de modo coherente y lógico la motivación de las resoluciones o actos administrativos que emanen de la autoridad administrativa, es decir a la justificación expresa (escrita) del porqué se toma una u otra decisión a favor o en contra del administrado. Es un derecho ya que según se argumente la motivación, dará conformidad y legalidad a las partes o se apelará en cuanto y en tanto no se esté de acuerdo. Que, el artículo 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que uno de los elementos esenciales del acto administrativo es el de la fundamentación; es decir, establece que el acto administrativo debe expresar en forma concreta las razones que inducen, a la autoridad administrativa, a emitir el acto, los hechos y los antecedentes que le sirven de causa y el derecho aplicable; y, el artículo 36 de la citada disposición legal, complementariamente, prevé que serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas para que concurra la nulidad absoluta.

Que, debe tenerse en cuenta que la motivación o fundamentación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que inducen a la emisión del acto; es decir, que son los "presupuestos" o "razones" del acto administrativo, la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.

Que, de la revisión de los antecedentes se advierte que la Resolución N° 086/2009 efectúa una larga exposición de los antecedentes, los cargos, descargos, así como también de los supuestos incumplimientos en los que habría incurrido (...), sin embargo, no explica las razones que han motivado y fundamentado sus decisiones, en cuanto se refiere a los cargos imputados, así por ejemplo se señala que los folletos presentados por (...) no contienen material ilustrativo y/o de asesoramiento, si bien ese incumplimiento podría implicar una infracción, también es cierto que el asumir esta posición debe ser claramente fundada y demostrada por la autoridad, estableciendo el porqué afirma que esos folletos o información proporcionada por el corredor, no podía ser considerada suficiente en materia de asesoramiento y/o ilustración para el asegurado, sobre sus derechos y obligaciones, en virtud a que no hace ningún análisis en cuanto se refiere a lo que la norma, doctrina o práctica en materia de seguros establece como asesoramiento suficiente a los asegurados.

De igual manera, no existe una motivación debida en cuanto se refiere a la aplicación de las sanciones impuestas a (...), en virtud a que si bien el Artículo 5 de la Resolución Reglamentaria 01/90 de fecha 11 de noviembre de 1993, establece que: "Los casos no previstos en el presente reglamento serán resueltos por el Superintendente conforme a los criterios legales vigentes y al espíritu de este mismo reglamento", esta facultad del Superintendente no puede ser tomada como una facultad extraordinaria, arbitraria o desproporcional y mucho menos injustificada, en el presente caso, la decisión asumida a momento de imponer las sanciones amparadas en la citada Resolución, no están fundamentadas o

motivadas conforme lo prevé nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, se limita a prescribir la sanción omitiendo explicar el porque de esa decisión.

Que, por lo expuesto se advierte que la Resolución N° 086/2009 se limita a exponer argumentos, conductas, omisiones e incumplimientos en los que supuestamente habría incurrido (...), no explicando las razones que han motivado sus decisiones en cuanto se refiere a la calificación de las infracciones sancionadas, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de la producción del hecho, que de acuerdo al órgano de regulación pueden considerarse como infracción; y, en consecuencia no ha subsumido esta explicación a los parámetros legalmente establecidos por la Ley N° 1883 de Seguros, en su artículo 52.

Al no fundar esta decisión, por lógica consecuencia, tampoco ha fundado la decisión de imponer la sanción que ha impuesto, ni la razón que fundamente la cuantía del monto impuesto como multa, en consecuencia, el órgano de regulación no ha expuesto los criterios legales aplicables al calificar la las infracciones, al imponer la sanción y al cuantificar la multa impuesta.

Que, la Resolución N°397/2009 del 17 de noviembre de 2009, al resolver los recursos interpuestos por (...) y (...), incurrir en la infracción del inciso a) del artículo 30 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, porque no explican las razones que motivan su confirmación, teniendo en cuenta la omisión en la que se hubiera incurrido al dictar la R.A. N° 086/2009 de fecha 11 de agosto de 2009, que califica las infracciones e impone las sanciones..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 023/2010 de 23 de septiembre de 2010).



N.1. De la normativa laboral versus la normativa administrativa

“...En este contexto, se evidencia que la disposición administrativa que rige el horario de atención al cliente para las Administradoras de Fondos de Pensiones y los comunicados emitidos por el Ministerio del Trabajo no son contradictorios entre sí; ya que el primero establece la obligatoriedad de atención al cliente no menor a ocho horas y el segundo dispone jornada continua de ocho horas laborales.

De acuerdo a lo señalado, (...) S.A. adecuó su actuar fuera de las dos disposiciones precedentemente señaladas realizando una interpretación alejada de todo contexto sobre lo que disponía los comunicados emitidos por el Ministerio del Trabajo.

Por otro lado no es legalmente sustentable justificar el incumplimiento de dos disposiciones congruentes entre sí, argumentado costumbres religiosas, sociales, culturales, etc.; puesto que las normas legales son de estricto y obligatorio cumplimiento no pudiendo sobreponerse a esta, convencionalismos sociales como lo es una “costumbre religiosa y de fe cristiana...”.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2010 de 5 de abril de 2010).

N.2. Non reformatio in peius

“...Asimismo de manera expresa el peticionante solicita el incremento de la sanción hasta la suma de \$us 10.000 considerando insuficiente la sanción impuesta por el regulador.

La ciencia del derecho establece como un principio fundamental relacionado con garantías constitucionales como a la defensa y al debido proceso, el principio “Non Reformatio in Peius”; que será desarrollado a continuación:

El derecho que les asiste a los sujetos procesales que recurren ante una decisión administrativa, es pretendiendo que el superior en grado ampare su pretensión impugnada dándole la razón, pero en ningún caso para que agrave su situación.

El principio Non Reformatio in Peius, consiste en la prohibición que tiene el Tribunal de apelación y/o impugnación en empeorar la situación del recurrente en los casos que no ha mediado el recurso del adversario. El principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste principalmente en una prohibición. No es posible reformar la sentencia o el fallo apelado en perjuicio del único apelante.

En este contexto el proceso administrativo sancionatorio involucra simplemente al administrado quien agraviado por un fallo de la Administración Pública recurre en

apelación precisamente para que el tribunal de alzada reconsidere aspectos formales y de fondo en beneficio de este, no así en su perjuicio.

Consecuentemente esta instancia Jerárquica no puede ingresar en la valoración de la imposición de sanción en un monto mayor, al no ser de su competencia y encontrarse en contradicción con el Principio desarrollado precedentemente...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 de 19 de abril de 2010).

N.3. Normas internas dinámicas

“...La (...) argumenta que las normas, metodologías, políticas, procedimientos internos y otros son dinámicos en el tiempo, mismos que son establecidos y mejorados a partir de su propia experiencia, mejores prácticas operativas y profesionales, dándoles un carácter de permanente actualización y mejoramiento. Esta situación a decir del recurrente afecta significativamente la seguridad jurídica que debe brindar la ASFI en sus actividades regulatorias.

En primer término se debe precisar que la Ley del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias formulan como principal objetivo el regular y promover un mercado organizado, integrado, eficaz y transparente, siendo la (...) una entidad regulada y supervisada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ex-Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS).

La EDV está en la obligación de cumplir la Ley del Mercado de Valores así como las demás normas regulatorias emitidas para el sector de Valores derivando inclusive en el cumplimiento de su propia normativa interna, dicho esto se tiene que el Artículo 21 del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, hace referencia a la obligación por parte de la (...) de cumplir en todo momento lo establecido en sus Reglamentos Internos, Manuales, Normas internas, Procedimientos internos así como toda norma vigente relacionada al mercado de valores.

La (...) en procura de una mayor eficiencia, transparencia, confidencialidad y seguridad de los servicios que presta emite normativa interna referente a políticas, procedimientos, controles internos mismos que por su esencia deben ser considerados obligatorios por parte de todos los empleados incluyendo la planta ejecutiva, no pudiendo bajo ningún concepto ser normas enunciativas, ya que violaría el fin por el cual han sido creadas.

Ahora bien, la obligatoriedad de una norma interna en cuanto a su cumplimiento, frente la competencia por parte de la Autoridad Fiscalizadora, emerge de un procedimiento, dado por el propio Artículo 21 del texto ordenado del Reglamento de Entidades de Depósito de Valores y Compensación y Liquidación de Valores, que determina que para la aplicación de una normativa interna, debe contar con la aprobación de la Autoridad Fiscalizadora.

Esta aprobación, permite la delimitación del momento en que la normativa interna adquiere la obligatoriedad para su cumplimiento, es así que por más dinámica que sea la normativa la misma no puede ser implementada sin la aprobación de la ASFI, y una vez aprobada es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, la (...), al considerar que sus políticas, manuales y controles internos se encuentran en constante dinámica de mejora y emergen de la experiencia y experticia de la entidad, su personal y sus ejecutivos, debiera coincidir que considerar su cumplimiento dentro el marco regulatorio de su actividad, eleva su jerarquía y coadyuva de forma importante el deber de los ejecutivos de la entidad, cual es justamente velar por su adecuada observancia y cumplimiento. Estos permitirán el “adecuado trayecto” de la institución hacia el fin económico y social para el que ha sido creada.

Es así que lo expuesto por la (...) en lo relativo a los esfuerzos por mejorar las prácticas administrativas del mercado, estándares, técnicas y operativa refuerza la razonabilidad de enmarcar los documentos que contienen dichos esfuerzos (reglamentos, manuales y normas internas) en una norma de cumplimiento obligatorio y sujeto a supervisión. El negar tal situación, supondría desmerecer tales esfuerzos y darle a los documentos que los contienen un carácter meramente enunciativo, toda vez que podrían o no cumplirse.

Por lo señalado, cabe reafirmar que el carácter de actualización permanente no impide su obligatorio cumplimiento, puesto que cualquier mejora en la operativa y control interno no podría formar parte de los correspondientes Manuales y Procedimientos de la Entidad, si estos no ha sido antes aprobados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para justamente verificar su eficiencia, economicidad y eficacia, en el mercado de valores, sin embargo este hecho no implica que con posterioridad los mismos reglamentos de la entidad puedan ser modificados.

Por lo que, queda verificado que el hecho de que la normativa interna sea dinámica, no afecta la seguridad jurídica, toda vez que dichos procedimientos al seguir una secuencia lógica y legal, permiten al administrado conocer el momento de su aplicación y consiguiente obligatoriedad...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSE/URJ-SIREFI 020/2010 de 1 de julio de 2010).

N.4. Infracción a normativa interna

“...Por lo que, queda claro que el marco sancionatorio para incumplimientos de normativa interna se encuentra claramente detallado por el Decreto Supremo No. 26156 que en su Artículo 20 referente a **Infracciones específica**, ha contemplado tales incumplimientos. El referenciar solamente al artículo 19, no condice con el caso de Autos, ya que la misma como bien expresa su “nomen iuris” refiere exclusivamente a **Infracciones Generales**. Por lo tanto el Decreto Supremo No. 26156 no se encuentra delimitado a la Ley del Mercado de Valores y sus reglamentos como asevera el recurrente.

De igual modo es importante hacer referencia que las sanciones previstas en el Decreto Supremo N° 26156 serán impuestas previo proceso administrativo, ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mismo que tendrá como fundamento los principios sancionadores determinados en el Artículo 3 de la precipitada norma como ser principio de legalidad, principio de legitimidad, principio de igualdad y principio de proporcionalidad.

Por lo que, el recurrente debe tener presente que el incumplimiento a su normativa interna determinada por la Resolución Administrativa ASFI N° 060/2010 (Artículo 21), así como el incumplimiento a la Ley de Mercado de Valores u otra normativa regulatoria de carácter general conlleva al inicio de un proceso sancionador mismo que se enmarcara en la Ley de Procedimiento Administrativo, quedando claro que el incumplimiento a sus propios reglamentos por parte de la (...) serán sancionados como el incumplimiento a cualquier otra norma y ello de conformidad al Decreto Supremo No. 26156..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2010 de 1 de julio de 2010).

N.5. Normativa aplicable

"...El Decreto Supremo No. 26204 de 1 de junio de 2001, que reglamenta la Ley No. 2196 del Fondo Especial de Reactivación Económica y de Fortalecimiento de Entidades de Intermediación Financiera, establece en su artículo 3 que el crédito subordinado otorgado a través del PROFOP se regirá por lo establecido en el Capítulo X, Título IX de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Tomando en cuenta que el Crédito Subordinado de Capitalización fue celebrado el 27 de diciembre de 2001, por la entidad recurrente y (...), la normativa aplicable hubiere sido la vigente al momento de la suscripción del documento de préstamo; sin embargo y toda vez que la entidad recurrente suscribió una adenda modificatoria al contrato de crédito subordinado de capitalización, mediante Escritura Pública N° 5807/2008 de 29 de diciembre de 2009, en virtud a la facultad que le otorgaba la Resolución SB N° 098/2008 de 11 de junio de 2008, entonces la normativa aplicable, es la es la Resolución SB N° 098/2008 por las siguientes razones:

El artículo 1° de la Sección 6: Otras disposiciones de la Resolución SB N° 098/2008, textualmente establece como disposición transitoria que "las obligaciones subordinadas instrumentadas mediante contrato de préstamo contratadas antes del día 16 de enero de 2008, continuarán regulándose hasta su vencimiento conforme a los términos y condiciones pactadas en el marco de la normativa vigente al momento de la celebración del contrato, **salvo acuerdo entre partes PARA 'ADECUAR SU CONTRATO AL PRESENTE REGLAMENTO'**".

Si bien la adenda efectuada al contrato principal está regida por la autonomía de la voluntad en cuanto a su adecuación a la Resolución 098/2008, debe recordarse que ésta no es absoluta pues se encuentra limitada por el orden público que en materia administrativa constituye un título de intervención, es decir que el orden público está constituido (además de la Constitución Política del Estado, las leyes y Decretos Supremos) por la normativa regulatoria emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a cuyo cumplimiento se encuentran constreñidos los regulados.

Aunque la entidad recurrente menciona (además de contemplarse en la cláusula 3 del Testimonio de la Escritura Pública de Adendum N° 5807/2008) que la modificación está referida única y exclusivamente a los pagos anticipados; esto

no significa que el Banco pueda adecuarse única y exclusivamente a la parte que le favorezca de la Resolución 098/2008 y también de la Resolución 112/98.

Consecuentemente, no es posible considerar **cláusula** o norma regulatoria alguna de manera **aislada o parcial**, es imprescindible ampliar la perspectiva hasta tomar en consideración el modo en que la norma sea eficaz y las acciones coherentes con el objetivo y el fin último de dicha norma. Por lo que rigiendo el principio de Unidad Normativa (también argumentado por la propia entidad financiera) el Banco recurrente no puede ampararse en el hecho de que se hubiera **adecuado "únicamente"** a lo determinado por la Sección 2 cláusula 7° de la Resolución 098/2008, en cuanto a efectuar el prepago del monto de \$us. 6.750.000.--, porque dicha cláusula no sólo establece las formas de pago sino también el **reemplazo "OBLIGATORIO"** del prepago a objeto de cumplir el fin último de los créditos subordinados, cual es el fortalecimiento patrimonial de la Entidad que los ha contraído.

Asimismo, importa destacar que la Autoridad Supervisora, debió haber ejercido su potestad fiscalizadora y reguladora a tiempo que la Entidad Financiera puso en su consideración la adenda al contrato de préstamo subordinado, y observar el mismo haciéndole conocer que la Adenda debía cumplir todas las determinaciones de la normativa a la que se estaba acogiendo, sin embargo y en contrario sensu, mediante nota SB/ISR I/D-64981/2008 de fecha 23 de diciembre de 2008 comunicó al (...) S.A. la inexistencia de observaciones. Hechos jurídicos que a su vez debieron haber sido considerados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en el presente proceso administrativo sancionatorio..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 022/2010 de 21 de septiembre de 2010).

N.6. Normativa general y normativa especial

"... El recurrente señala que aún en el caso no aceptado por parte del (...) S.A. de que exista alguna operación observable, el Art. 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala que las multas establecidas en el numeral 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica cuando las infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera, que en el presente caso no existiría beneficio alguno para (...) S.A como así lo estableció el informe SNAI N° 009/2010 del 3 de marzo de 2010.

Al respecto hay que recordarle al recurrente que la sanción aplicada por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero se encuadra en el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (norma específica y especial para la aplicación e imposición de sanciones), Título XIII, Capítulo II Sección 2, que refiere en su primer párrafo lo siguiente:

"Las entidades financieras bancarias que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo(...)"

Es decir la normativa aplicable y especial ha determinado claramente el monto de sanción aplicable, por lo que mal puede ampararse en un Artículo General cual es el 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cuando existe uno especial y para el caso supuestamente infringido.

Por lo tanto, la Entidad Financiera equivoca su argumentación al pretender aplicar el Artículo 102 de la LBEF, debiendo subsumirse a la normativa aplicable..." **(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).**

N.7. De la notificación

"...De la revisión de la normativa aplicable transcrita en el numeral anterior, tenemos que el Artículo 33 de la Ley del Procedimiento Administrativo establece que la Administración Pública deberá notificar a los interesados toda Resolución que afecte a sus derechos o intereses legítimos, en el plazo, forma, domicilio y condiciones especificadas en dicho Artículo, sin embargo también la propia norma en su parágrafo II determina la salvedad de aplicación a lo expresamente establecido en "**reglamentación especial**".

Es así que, deja justamente el procedimiento que se debe seguir para la notificación al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, para cada sistema, siendo el que corresponde al ámbito de aplicación del caso de Autos, el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI (RLPA), aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Este Reglamento establece en su artículo 25 el procedimiento de notificación general para resoluciones de alcance general y particular, determinando para estos últimos, que las mismas deben ser notificadas de manera personal y en el domicilio fijado. Asimismo el artículo 26 transcrito en el numeral anterior, determina el procedimiento específico que se debe seguir para la notificación **con cargos y sanciones**, determinando que la notificación del acto administrativo debe realizarse mediante comunicación escrita, citando al regulado para que este se apersona y se notifique en Secretaría General de la Autoridad Fiscalizadora, y en caso de no comparecencia a la segunda citación efectuada de la misma forma, opera la notificación de hecho, dándose por notificado el administrado.

Como se puede apreciar, la norma general (Ley) determina la salvedad de la aplicación de la normativa especial (Decreto Reglamentario), misma que ha establecido el procedimiento a seguir para efectos de la notificación con sanciones, siendo los requisitos a cumplir los siguientes: **a)** Citación al administrado mediante comunicación escrita para que se apersona a la Secretaría General a efecto de tomar conocimiento y notificarse, **b)** La citación debe realizarse al representante legal, quien es el que debe apersonarse a efectos de dar cumplimiento con la determinación del Art. 25 del RLPA **c)** En caso de no comparecencia se debe emitir una segunda citación con los mismos términos y en caso de no apersonarse el regulado se tiene por notificado.

Según consta en el expediente administrativo y las aseveraciones de la AFP en los documentos cursantes en el expediente administrativo, la misma no se habría apersonado en la fecha prevista a efectos de notificación, por lo que en virtud al

Artículo 26 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, se tiene por notificada la Resolución Administrativa AP/DJ N° 230-2009.

Por lo expuesto, se concluye que compulsado el expediente y la revisión de la normativa, se ha determinado que al no haberse apersonado el representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones, en el plazo de cinco días hábiles administrativos desde la notificación con la segunda citación, ha operado la notificación de hecho el 6 de enero de 2010, concluyendo a su vez, que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, cumplió con el procedimiento establecido en normativa especial previstos para la notificación. Sin embargo, y conforme a procedimiento importa que esta instancia jerárquica se pronuncie sobre el fundamento presentado por la recurrente, respecto al – punto de vista- que tiene sobre la normativa administrativa relacionada a la notificación.

Es así que en cuanto a lo señalado por el recurrente de que en el presente caso la resolución sería de alcance particular y por ende esta debió haberse notificado de acuerdo a lo establecido en el Artículo 25 de la precitada norma, se tiene que como ya se dijo *up supra*, no puede dejar de tomarse en cuenta la determinación específica de la norma para la notificación con **sanciones** (Artículo 26 RLPA), cual es el caso que nos ocupa, misma que determina un procedimiento especial para dicho tipo de actos administrativos, donde se encuentra inmersa la notificación personal al representante legal.

Asimismo, no puede ni la Autoridad, ni el regulado dejar de cumplir las determinaciones expresas de la normativa, que en el caso que nos ocupa, han sido practicadas por la Autoridad, pero la (...), pese a ser notificada en dos oportunidades con la citación, hizo caso omiso de la misma y no compareció para su notificación, como hubiera correspondido y cual ha venido actuando a lo largo de los años, operando de esta manera la notificación de hecho.

Por otro lado, el recurrente da a entender una sinonimia entre cargo y sanción, al pretender que el procedimiento determinado en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Procedimiento, aplicaría solo para la imputación con cargos al presunto infractor.

Por lo que, corresponde revisar ambos conceptos, verificando su diferenciación, dentro del procedimiento administrativo sancionador y determinando su fin y el momento de su ejecución.

Es así, que entendemos por **cargo**, la imputación formal que hace la Administración Pública al regulado sobre la presunta comisión de una infracción para que esté y de acuerdo a los términos previstos por ley asuma su derecho a la defensa, hecho que está plenamente establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 82.- (ETAPA DE INICIACIÓN).- cuando dice “**La etapa de iniciación se formalizará** con la notificación a los presuntos infractores **con los cargos imputados...**”

Ahora bien, la **sanción administrativa** conforme se define en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas es: “la medida penal que impone el poder ejecutivo o alguna de las autoridades de ese orden, por infracción de disposiciones imperativas o abstención ante deberes positivos (...)”

La sanción puede imponerse solamente una vez vencido el término de prueba y mediante Resolución Administrativa motivada, constituyendo la **Etapa de Terminación**, conforme determina el Artículo 84 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Artículo 68 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Por lo tanto, la sanción no puede asimilarse al cargo, ya que ambos se desarrollan en etapas distintas, siendo el cargo la formalización de la etapa de iniciación del procedimiento y la sanción la etapa de terminación.

Dicho esto queda claro que el Artículo 26 no sólo se aplica y hace referencia a la notificación de cargos como asevera el recurrente, sino también aplica a las sanciones.

De igual forma es importante recordar al recurrente que el único medio legal que tiene la Administración Pública para imponer una sanción es justamente a través de una Resolución Administrativa motivada, conforme dicta el procedimiento administrativo.

Por lo tanto, el hecho de que el recurrente no haya comparecido ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones deriva justamente en que la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 230-2009 de 11 de diciembre de 2009 se haya dado por notificada conforme lo establece el mismo Artículo 26 del Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo.

Dilucidado el procedimiento de notificación en aplicación a la normativa administrativa, corresponde verificar si (...) S.A. habría ejercido su derecho a la defensa a través de la presentación oportuna del Recurso de Revocatoria que le asistía.

La (...), al ser notificada de hecho por imperio del Artículo 26 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, en fecha 6 de enero de 2010, tenía el plazo fatal de quince (15) días hábiles administrativos para interponer Recurso de Revocatoria, es decir hasta 28 de enero de 2010, sin embargo presentó su recurso el 02 de febrero de 2010, es decir tres días hábiles administrativos de vencido el plazo determinado en normativa (Artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.)

Por lo que, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria presentado por la Administradora de Fondos de Pensiones, ha hecho una correcta aplicación de la norma, al declarar improcedente el Recurso de Revocatoria interpuesto por (...) S.A. por haber sido presentado fuera de plazo de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175.

Respecto al argumento presentado por el recurrente sobre la notificación de la Resolución Administrativa AP/ Nº 40-2010, misma que no cumpliría el procedimiento administrativo, al haberse dejado una copia en domicilio señalado sin hacer referencia al representante legal, corresponde pronunciamiento por parte de esta instancia jerárquica.

En este entendido y en cuanto a la notificación defectuosa alegada por el recurrente se hace referencia a lo expuesto por García de Enterría sobre la notificación quien señala que:

"...es el modo de comunicar a los ciudadanos, personal o colectivamente, la existencia del acto administrativo, lo que constituye un requisito fundamental para la seguridad jurídica, y una condición legal de la que depende la eficacia del acto."

Por su parte el Tribunal Constitucional sobre las notificaciones, en su SC 1845/2004-R, de 20 de noviembre ha establecido que:

"...los emplazamientos, citaciones y notificaciones (notificaciones en sentido genérico), que son las modalidades más usuales que se utilizan para hacer conocer a las partes o terceros interesados las providencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales o administrativos, para tener validez, deben ser realizados de tal forma que se asegure su recepción por parte del destinatario; pues la notificación, no está dirigida a cumplir una formalidad procesal en sí misma, sino a asegurar que la determinación judicial objeto de la misma sea conocida efectivamente por el destinatario (así SC 0757/2003-R, de 4 de junio); dado que sólo el conocimiento real y efectivo de la comunicación asegura que no se provoque indefensión en la tramitación y resolución en toda clase de procesos; pues no se llenan las exigencias constitucionales del debido proceso, cuando en la tramitación de la causa se provocó indefensión (art.16.II y IV de la CPE); sin embargo, en coherencia con este entendimiento, toda notificación por defectuosa que sea en su forma, que cumpla con su finalidad (hacer conocer la comunicación en cuestión) es válida".

Por lo tanto y conforme se evidencia del expediente administrativo, la notificación practicada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha sido defectuosa, debiendo haberse notificado al Representante Legal, de conformidad con el artículo 25 Parágrafo III del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, sin embargo y bajo la jurisprudencia constitucional y el principio de trascendencia, tenemos que el recurrente conoció la misma y a partir de ella y en el plazo previsto por ley, ejerció su derecho a la defensa, por lo tanto la misma debe considerarse como válida, al no haber afectado al recurrente..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2010 de 14 de junio de 2010).

N.8. Sobre la Nulidad del Proceso

"...El recurrente hace referencia e invoca la nulidad del proceso debido a que estos se vieron inmersos en un estado de indefensión atentándose contra el debido proceso, al no haberseles puesto en su conocimiento el informe SPVS/IV/DI/208/2008, documento base para la imputación de cargos y consiguiente prosecución del proceso sancionatorio.

En este contexto (...) pone a colación sentencias constitucionales y demás precedentes jurídicos como un carácter vinculante al presente caso.

Al respecto, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional refiere a la obligatoriedad que despliega la **ratio decidendi** de una sentencia constitucional. Ello supone que la doctrina constitucional creada por una interpretación de la constitución **tiene que ser aplicada obligatoriamente por todos los órganos del poder público en las resoluciones de todos los casos que presenten supuestos facticos análogos.**

Para el caso que se analiza, corresponde aclarar que la **ratio decidendi** o razón de la decisión corresponde la parte más importante, no sólo de una Sentencia Constitucional, sino de todo el pronunciamiento legal, ya sea una resolución judicial, administrativa o de cualquier órgano de poder que cuente con la facultad de emitir pronunciamientos legales que diriman o restablezcan los derechos subjetivos de las personas. Estos pronunciamientos deberán consignar los fundamentos jurídicos que guarden la unidad de sentido con la partes, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión aquella; ello significa que la ratio decidendi se liga internamente a la parte resolutive constituyéndose en razón de ser de la decisión final.

Reiterando lo señalado precedentemente, la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales establecidas, tomando como regla los supuestos facticos análogos, ha sido sentado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional quienes mediante Auto Constitucional 0004/2005 ECA de 16 de febrero de 2005 en su parte pertinente señalan:

“II FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

II.1. Con carácter previo al análisis del fondo de la solicitud que antecede, resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.I de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub-reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, **en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos. En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio.** De otro lado, corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la ratio decidendi de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignar los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se

consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el obiter dictum, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la ratio decidendi.” (El subrayado y negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En consecuencia, el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional deben contener supuestos fácticos análogos al caso que se dirime siendo la ratio decidendi o razón de la decisión la que constituye el precedente obligatorio de la jurisprudencia sentada.

Ahora bien de acuerdo al explícito análisis realizado corresponde verificar las Sentencias Constitucionales invocadas por el recurrente, a las que pretende darle la vinculatoriedad con el caso presente.

De acuerdo a ello se transcribirá de manera completa el último párrafo del punto III.4. de la Sentencia Constitucional 0021/2007 de 10 de mayo de 2007, extraída por (...) S.A y se resaltarán lo transcrito por dicha entidad en el recurso presentado:

“De la jurisprudencia glosada precedentemente, se establece, conforme concluyó la SC 1591/2005-R de 9 de diciembre, “que una auditoría gubernamental efectuada por la Contraloría General de la República **es un acto administrativo emergente de un procedimiento administrativo**, en el cual **las autoridades y servidores públicos deben cumplir con el deber de respeto a los derechos fundamentales de las personas, y que en caso de ser lesionados esos derechos, se abre la tutela que brinda el recurso de amparo constitucional con relación al acto administrativo, es decir en cuanto a garantizar el respeto a las formalidades del procedimiento administrativo que se deben cumplir para la constitución de dicho acto administrativo, porque esas formalidades no podrán ser reclamadas en ninguna instancia posterior**, pues el proceso coactivo fiscal no tiene ese objeto; empero, lo determinado en el fondo por las autoridades encargadas de la auditoría gubernamental en un debido procedimiento administrativo regulado por las normas aplicables a dicho procedimiento, no puede ser impugnado por medio de un recurso de amparo constitucional, pues la vía idónea para ello es el proceso coactivo fiscal”

Como se puede evidenciar la transcripción realizada por (...) S.A. ha cambiado el sentido mismo de lo glosado, ya que el precedente constitucional establece que “una auditoría gubernamental efectuada por la Contraloría General de la República **ES un acto administrativo...**” y no como refiere el recurrente empezando su transcripción señalando “...**EN un acto administrativo...**” siendo además que el fundamento jurídico del fallo al que hace referencia el recurrente se refiere a un Recurso Directo de inconstitucionalidad de una norma jurídica que involucra directamente a la Responsabilidad por la Función Pública no conteniendo un supuesto factico análogo con el caso que de tramita en Autos.

Por otro lado la sentencia Constitucional N° 0410/2007-R de 16 de mayo de 2007 a la que también hace referencia el recurrente, se trata sobre un proceso de responsabilidad por la función pública que involucra también la inconstitucionalidad declarada en la Sentencia Constitucional citada precedentemente en el que se acusa la falta de notificación con los informes de auditoría, lo que impidieron la presentación de descargos constituyendo estos documentos principales para la iniciación de un proceso de responsabilidad por la Función Pública.

Ahora bien, dentro el presente caso de autos se tiene que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Nota Cite SPVS 230.2009 de 20 de febrero de 2000 notificó los cargos imputados a (...) S.A. –conforme al procedimiento administrativo– dando de este modo cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.

Consecuentemente, el precedente constitucional señalado no cuenta con supuestos facticos análogos, además que el órgano de regulación realizó la notificación con el documento que exige la norma para la iniciación de un proceso sancionatorio. Asimismo, corresponde precisar que el caso citado por el recurrente, la omisión consistió en la falta de la notificación con los Informes de Auditoría, generando claro está la indefensión por el desconocimiento de las supuestas imputaciones, caso contrario al caso de Autos, donde la parte recurrente fue notificada con la Nota de Cargos, donde se le expuso los cargos que se le estaba imputando, para que ejerce el derecho a la defensa que le asistía.

Con relación a la Resolución 57/2008 de fecha 14 de noviembre de 2008 pronunciada por la Sala Civil Cuarta de la Corte Superior del Distrito Judicial de La Paz constituida en Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene carácter vinculante erga omnes ya que dicho fallo hasta que no sea sometido al control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional Plurinacional solo tiene un carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio inter partes por lo que resulta impertinente su inclusión al presente recurso.

Habiendo realizado un análisis objetivo de los precedentes invocados por el recurrente, llegando a la conclusión de que no corresponden el carácter vinculante pretendido al caso de autos, queda pronunciarse sobre el Principio de sometimiento a la ley en materia administrativa al que también hace referencia el recurrente.

En este contexto, el artículo 4to inc. c) de la ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 establece: “

“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso.”

Por su parte el Artículo 66 del Reglamento a la ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera “SIREFI” aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003 determina:

“I. Establecida la existencia de infracciones, el Superintendente respectivo notificará a los presuntos infractores con los cargos imputados, advirtiéndoles

que de no presentar las pruebas de descargo o justificaciones en el tiempo establecido se emitirá la resolución correspondiente.”

“II. La notificación de cargos debe ser efectuada mediante comunicación escrita, citación personal u otro medio que garantice que el presunto infractor tenga cabal conocimiento de los cargos que se le imputan, las infracciones establecidas y las normas vulneradas, para que pueda asumir su defensa.”

Ahora corresponde verificar si los presupuestos legales señalados en la precitada norma fueron cumplidos:

Se tiene que mediante Nota Cite SPVS 230.2009 de 20 de febrero de 2009 la ex SPVS realizó la notificación de cargos a (...) S.A. en fecha 23 de marzo de 2009 cargos con la Referencia “Notificación de Cargos”, los incumplimientos a disposiciones legales traducidas en cuatro cargos.

En las cuatro infracciones imputadas se detalla de forma expresa la normativa supuestamente vulnerada y al final de la misiva – con el acápite de Notificación de Cargos – se le otorga un plazo de cinco días hábiles administrativos para la presentación de justificativos y/o descargos de conformidad a lo establecido por el artículo 67 del Decreto supremo N° 27175.

De lo analizado precedentemente se establece que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, notificó al recurrente con los cargos que estaba imputando en estricta sujeción a lo que establece la norma especial (D.S. 27175), sin que esta contenga y/o disponga que aparte de la notificación de cargos debe ponerse a conocimiento informe o documentos que respalden o hayan dado origen a dicha notificación; por lo que el actuar del órgano de regulación se enmarca en lo establecido por el artículo 4 inc. c), de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En conclusión, de acuerdo a todo lo compulsado, se tiene que el recurrente no fue puesto en estado de indefensión ni se ha afectado el derecho al debido proceso puesto que se dio cabal cumplimiento al procedimiento administrativo para el sistema de Regulación Financiera, siendo inconsistente lo fundamentado y la jurisprudencia presentada.

Finalmente, y no menos importante corresponde recalcar que uno de los derechos de los administrados y de cualquier otra persona es el derecho a la petición no sólo reconocido en materia administrativa sino que constituye un derecho constitucional, en este contexto una vez que la Entidad tomó conocimiento del proceso sancionatorio incoado con la notificación de cargos, el recurrente tenía la facultad de solicitar la información que creyere conveniente, si consideraba que la misma afectaba el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa, pudiendo haber solicitado copia del informe en cuestión, o simplemente apersonarse ante autoridad pública y solicitar la revisión del expediente, situación no ejercida por el recurrente, procediendo con la presentación de los descargos correspondientes, situación que revela que el recurrente contaba con los elementos necesarios para presentar sus descargos...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 de 19 de abril de 2010).

N.9. Nulidades procesales

“...En este contexto, el instituto de las nulidades procesales en materia administrativa se encuentra plenamente identificado en todo procedimiento legal – ya sea de forma análoga o expresa – como una solución procedimental a la subsanación de vicios encontrados en la tramitación de todo proceso. Instituto de características especiales que clasifican los vicios según la gravedad e importancia que reviste la antijuricidad, calificándolos como nulidades absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, con diferencias específicas al momento de emitir pronunciamiento. Diferencias que deben ser claramente identificadas para su correcta aplicación, debiendo ser valoradas de acuerdo a lo que establece la doctrina y el procedimiento especial que las reglamenta.

La nulidad absoluta o de pleno derecho penaliza al acto de ineficaz desde el punto de vista intrínseco y por ello carece de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación; vale decir que no requiere de una solicitud expresa de nulidad, ya que al constituirse en un defecto de fondo, la nulidad debe ser declarada inclusive de oficio. Asimismo la nulidad absoluta tiene un carácter erga omnes, aspecto que hace susceptible de ser opuesto por cualquier persona que detente un interés legal y en cualquier momento no siendo aplicable una acción de extinción caducidad o prescripción contra el defecto de fondo.

Contrario sensu a lo manifestado, la nulidad relativa, de forma o anulabilidad tiene efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos aspectos fundamentales: el primero corresponde al libre arbitrio del afectado y el segundo a la seguridad jurídica a la que pueden verse afectado. De acuerdo a estos presupuestos las partes que se consideren afectadas por un acto anulable, sólo ellos pueden pedir o aducir la declaración de nulidad del acto dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual el derecho del peticionante precluye y convalida el defecto, estableciendo entonces que el inejercicio de la acción de petición de anulabilidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto subsanatorio.

En el presente caso, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dispuso anular la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010 con el fundamento establecido en los artículos 36 y 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 que reglamenta a la Ley de Procedimiento Administrativo; preceptos legales que son transcritos en el acto administrativo anulatorio de acuerdo al siguiente texto:

“Que, el artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo, concordante con el artículo 53 del Decreto Supremo N° 27113 reglamentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre las anulabilidades señala que:

I. Serán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico distinta de las previstas en el artículo anterior.

II. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad **cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de**

los interesados. (El Subrayado y negrilla insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

III. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo dará lugar a la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".

Que, el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo, determina que:

'I. Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificadas por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los Vicios de que adolezca.

II. La autoridad administrativa deberá observar los límites y modalidades señalados por disposición legal aplicable, debiendo salvar los derechos subjetivos o intereses legítimos que la convalidación o saneamiento pudiese generar'."

Como, bien lo establece el aludido acto administrativo, el fundamento anulatorio se basa en la ley marco y su correspondiente reglamento, debido a que el órgano de regulación cometió el mismo error por el cual, mediante Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2010 de 19 de abril de 2009 el procedimiento administrativo sancionador fue anulado, es decir debido a la falta de motivación en la individualización de la sanción y su proporcionalidad.

El Ministerio de Economía y Finanzas Públicas instruyó en el precitado acto administrativo jerárquico que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero dicte una nueva Resolución Administrativa debiendo motivarla en derecho y ajustarla a los términos que señaló esta.

Ahora bien, al ASFI en fecha 10 de mayo de 2006, emite Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 en la que sanciona a (...) S.A. cometiendo la misma omisión anterior, vale decir no individualiza las sanciones con relación a los cargos imputados creando nuevamente esa inseguridad jurídica, y falta de certidumbre y confianza en el regulado, en relación a la individualización de la sanción según al cargo imputado y la proporcionalidad al momento de aplicar la multa; tanto es así que (...) S.A., recurre el fallo **aduciendo nuevamente una falta de individualización en el cargo, una correcta tipificación y posterior sanción de acuerdo a la proporcionalidad**; manifestando de manera textual lo siguiente:

"Consideramos que lo correcto es realizar un análisis individual de cada cargo para determinar la tipificación correcta según las características de cada supuesta acción u omisión, de forma tal que se pueda establecer la sanción si corresponde a cada cargo de forma justa responsable y proporcional."

Tenemos entonces que el defecto procesal por el cual fue anulado el procedimiento, nuevamente se habría suscitado viciando el acto y al haber aducido el recurrente de manera implícita el defecto en su memorial de Recurso Revocatoria presentado en fecha 08 de julio de 2010, trayendo inclusive a colación los alcances legales de la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI N° 013/2010, habiéndose configurado los requisitos esenciales de anulabilidad desarrollados precedentemente ya que en instancia correspondiente (Recurso de Revocatoria), el administrado nuevamente

manifestó una falta de proporcionalidad e individualización de multas invocando los alcances de la precitada Resolución Ministerial Jerárquica.

Acto seguido la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero una vez conocidos los fundamentos factico-jurídicos expresados por el recurrente, evidencia que la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010 adolecía de los mismos defectos por los cuales el procedimiento fue anulado anteriormente, evidenciando la omisión cometida en instancia sancionatoria de no tomar en cuenta los alcances esgrimidos en instancia jerárquica, en consecuencia el defecto procesal debía ser subsanado. Es en este contexto que la Autoridad Fiscalizadora tomó la decisión de anular el procedimiento para subsanar el defecto procesal nuevamente suscitado.

Con relación al régimen de las nulidades, el Decreto Supremo 27175, no establece procedimiento específico al respecto, en consecuencia debe aplicarse supletoriamente lo establecido por la ley marco y demás disposiciones legales análogas, teniendo el debido cuidado de no adentrarse en el ámbito de lo que se denomina como antinomia jurídica o conflicto en la aplicación de una o más normas relacionadas, debido a que la aplicación supletoria y/o análoga debe guardar absoluta coherencia con la norma especial, sin conculcar otros preceptos normativos superiores, ni los valores esenciales del derecho que resguardan las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

En este contexto, si bien es cierto que el Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, no establece con certeza los actos nulos y anulables y que de manera expresa establece las formas en que las resoluciones en Recurso de Revocatoria deben ser emitidas, no debemos olvidar que en la aplicación del derecho existen aspectos supra legales que deben ser considerados con preferencia a momento de tomar una decisión, tales como el resguardo de las garantías y derechos fundamentales que otorga el Estado a todos sus soberanos.

En este contexto es evidente que (...) S.A. se vio seriamente afectado en sus derechos fundamentales y subjetivos con la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 345/2010, debido a que esta conculcaba su derecho a un debido proceso y seguridad jurídica al no haberse tomado en cuenta lo manifestado instancia jerárquica y no individualizar las multas impuestas de acuerdo a los cargos imputados.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa ha compulsado la posibilidad de que el órgano de regulación pueda anular sus propios actos estableciendo requisitos esenciales para su procedencia; en este contexto la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 30/2005 de 16 de agosto de 2005 emitida por la ex Superintendencia General del SIREFI señala:

III.2. Facultad de anulación de obrados por parte de la SPVS

El artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo señala como principios de la actividad administrativa los siguientes: a) Principio fundamental. El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad y; c) Principio de sometimiento pleno a la ley. La administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso.**

De la normativa señalada, se tiene que la SPVS puede disponer la anulación del procedimiento cuando considere que ha existido vulneración a alguno de los derechos fundamentales de la persona o a los derechos subjetivos de la misma que tenga relevancia y provoquen afectación a sus intereses legítimos en resguardo a la garantía del debido proceso administrativo..."

(Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

De acuerdo al precedente administrativo glosado que tiene vinculación con el presente caso, tenemos que (...) S.A. en su recurso de revocatoria manifiesta falta de proporcionalidad e individualización a momento emitir la multa impuesta, aspecto que afecta el debido proceso y seguridad jurídica que se constituyen como derechos fundamentales del regulado y la falta de certidumbre en la eficacia del acto que afecta sus derechos subjetivos, adquiriendo una gran relevancia el hecho de que el defecto procesal fue suscitado en dos oportunidades y que de continuar este debe ser corregido sin mayores dilaciones procesales para evitar no sólo la conculcación de derechos fundamentales, sino también una interposición de recursos administrativos que prolongarían irremediabilmente la tramitación del proceso administrativo manteniendo activo el aparato procesal administrativo incrementado su carga procesal para llegar igual a un criterio de necesidad de rectificación del vicio y subsanación de este.

Por otro lado es importante recordar al órgano fiscalizador que en el eventual caso de que se produzcan defectos procesales que conlleven a una eventual nulidad o anulabilidad del acto; este debe ser de especial y previo pronunciamiento no siendo pertinente entrar a considerar el fondo de la causa tal como se dio en el presente caso, ya que la Autoridad Fiscalizadora realizó una valoración de fondo sobre los cargos imputados, la sanción impuesta y se pronunció sobre el Recurso de Revocatoria interpuesto, para luego, disponer la anulación del acto administrativo impugnado; aspecto que puede llegar a afectar el principio de congruencia, eficacia y de sometimiento pleno a la ley..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 de 26 de noviembre de 2010).



O.1. De la obligación de la Administración de dictar Resolución Administrativa

“...En primera instancia es importante señalar que la Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación, tal cual lo dispone el artículo 17 parágrafo primero de la Ley marco de Procedimiento Administrativo N° 2341, tomando en cuenta que la solicitud realizada por el recurrente revestía una mayor formalidad que de una simple carta, debido a que la solicitud fue expresa mediante un acto jurídico motivado (memorial), debiendo la administración pública adecuar el procedimiento a la naturaleza de la petición y pronunciarse de manera motivada tal cual lo exige el procedimiento formal administrativo, puesto que el acto a emitir necesariamente produciría efectos jurídicos que eventualmente irían contra el administrado afectad sus derechos subjetivos o inveteres legítimos, consecuentemente las vías de impugnación serian una salida para hacer valer sus pretensiones y se restablezcan los agravios sufridos...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010).

O.2. De la falta de cumplimiento del procedimiento por parte de la Autoridad Reguladora

“...Realizada la compulsa de los actos administrativos emitidos y como fue llevado a cabo el procedimiento administrativo regulatorio, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, realizó una serie de omisiones en su tramitación así como fue contradictoria en su pronunciamiento habiendo conculcado los principios precedentemente citados, comprometiendo el procedimiento a una suerte de anulabilidad y posterior corrección del mismo debiendo tomar en cuenta todo lo manifestado encausando adecuadamente su proceder y restituyendo las garantías del debido proceso y sus elementos a favor del administrado.

Sin embargo en la lucha de conllevar un debido proceso, no podemos someter al regulado un procedimiento moroso que le ocasione perjuicios innecesarios tanto al regulado como al aparato administrativo, debiendo velarse por una economía procesal, pronta, eficaz y efectiva que otorgue a los sujetos procesales la certidumbre jurídica de que el pronunciamiento que pueda emitir la Administración Pública se encuentre enmarcado dentro el ámbito de la legalidad procesal en resguardo a sus derechos legamente constituidos.

Asimismo, y no menos trascendental es la obligación de la Administración Pública de otorgar una Resolución motivada de la pretensión que presente, en el uso de la protección que debe otorgar la administración al administrado en el marco del

debido proceso, situación que no sucedió en el caso de autos, ya que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, al determinar la improcedencia del Recurso de Revocatoria por medio una nota (ASFI/DVS/V/R-11853/2010)., cuando lo que correspondía era encaminar el proceso, y emitir Resolución Administrativa fundamentada respecto a la pretensión planteada que originó el Recurso de Revocatoria.

En este contexto corresponde a esta instancia jerárquica reencauzar el procedimiento para que en instancia inferior se corrijan los vicios procesales aludidos y se tramite un proceso sin mayores dilaciones que conlleven a futuras nulidades procesales debiendo motivarse adecuadamente mediante resolución motivada la solicitud hecha por el recurrente mediante memorial presentado ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en fecha 7 de diciembre de 2009..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 021/2010 de 27 de agosto de 2010).



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

P.1.1. Principio de buena fe

“Vinculado con la idea moral en el derecho, nos encontramos con el principio de buena fe enunciado en el inciso e) del artículo cuarto de La Ley de Procedimiento Administrativo que expresa: “En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad de la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo”

En efecto, el aludido artículo a tiempo de consagrar de modo genérico el carácter eminentemente principista de la norma procedimental, establece de manera implícita la jerarquía normativa que tienen los principios en la misma y la obligación de la actividad administrativa de regirse por ellos...

...Esta interpretación jurisprudencial recoge la norma transcrita ut supra y resulta claro que tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe tanto por los particulares como de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las actuaciones que realicen ante las autoridades públicas...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2009 de 9 de septiembre de 2009).

P.1.2. Principio de Congruencia

P.1.2.1. Principio de Congruencia

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

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

“La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo

de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa”.

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010, Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

P.1.2.2. Principio de Congruencia

“... Emite la Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, transgrediendo el **principio de congruencia**, debido a que la parte considerativa no lleva relación con la resolutive, al haber determinado la Provisión de montos, sobre obligaciones aún no ciertas, cuando su fundamentación determinaba lo contrario, generando confusión en el regulado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

P.1.2.3. De la congruencia entre su definición de la Administración Pública y sus argumentos

“...emite Resolución **Confirmatoria Total** (Resolución Administrativa ASFI N° 230/2009 de fecha 16 de septiembre de 2009), cuando en la parte resolutive, está modificando substancialmente la instrucción anterior dada mediante Resolución Administrativa ASFI N° 048/2009 de 8 de julio de 2009, es decir de “Provisión” a “Previsión”, constituyendo más una rectificación de fondo, que no puede asimilarse a una Confirmatoria Total.

Si bien, la inconsistencia ha sido rectificada con esta Resolución sin embargo al confirmar la Resolución Administrativa inicial y efectuar la rectificación materialmente diferente a la instrucción inicial, ha vulnerado el Principio de Congruencia que debió respetar el procedimiento administrativo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

P.1.2.4. Principio de Congruencia

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

P.1.2.5. Principio de Congruencia

“...El Principio de Congruencia, conforme señala la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

“... principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final”.

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

para el examen de la legalidad del acto que se adversa". (Negritas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

En este contexto, la sanción a imponer no constituye una simple decisión discrecional por parte del Regulador, ya que la motivación del porque se llegó a imponer una determinada multa también debe ser debidamente motivada, respetando de esta manera el debido proceso..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

P.1.2.6. Del principio de congruencia

"...Por otro lado y no menos relevante, y siguiendo el principio de economía procesal, corresponde precisar que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en la Resolución Administrativa ASFI No. 409 de 18 de noviembre de 2009, no ha seguido del debido proceso, en los siguientes temas.

Pese a determinar en su parte considerativa, que para los cargos 1, 4, 5 y 14, correspondía la imposición de una sanción de amonestación, sin embargo en la parte resolutive no se pronuncia de dicho extremo, más por el contrario resuelve revocar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS No. 212/2009 de 27 de marzo de 2009, determinando dejar sin efecto los cargos 8 y 13, con lo que la multa impuesta en el artículo primero de la resolución impugnada se reduce a Sus. 3.000.- (Tres Mil 00/100 Dólares Americanos), es decir se estaría imponiendo sanción por los cargos 1, 4, 5 y 14, cuando la fundamentación determinaba solo amonestación.

Es más como se pudo observar, en la parte resolutive, deja sin efecto los cargos 8 y 13, cuando lo que correspondía, era dejar sin efecto la sanción impuesta, o en su caso determinar la desestimación del cargo impuesto, ya que no debe olvidarse que la parte resolutive de la Resolución Administrativa SPVS No. 212/2009, se ha impuesto sanción.

Estos hechos, permiten determinar que la ASFI a su vez no cumplió el Principio de Congruencia, transgrediendo de esta manera el derecho a la defensa y al debido proceso.

Por todo lo anteriormente expuesto, corresponde que esta instancia jerárquica, regularice el procedimiento, determinando la anulación, protegiendo de esta manera el derecho a la defensa del regulado..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

P.1.2.7. Principio de Congruencia

“...Sin embargo, en el presente caso, la fundamentación presentada por la Autoridad Fiscalizadora a tiempo de la valoración del descargo, ha generado confusión al administrado, ya que la misma no se pronuncia sobre la verdad material de los hechos, sino se limita a la necesidad de crear otro procedimiento, cuando lo que correspondía, era la verificación de la existencia o no de la presentación de la carta pre-aviso o boleta de rescate por parte del participante, es decir debió proceder con la correcta valoración del descargo presentado. Omisión en que sí incurrió la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ya que se alejó de la naturaleza misma de la imposición del cargo imputado en la nota Cite SPVS 230.2009, estableciendo aspectos que no concuerdan con la imputación realizada, lo que crea una confusión en la interpretación del recurrente a creer que el cargo haya sido modificado.

Esta situación genera la ausencia de una correcta motivación, para la imposición de una sanción y confirmación de la misma, repercutiendo en que el administrado no puede presentar fundamentos o argumentaciones que permitan su correcto ejercicio del derecho a la defensa.

Corresponde a su vez, revisar el Principio de Congruencia, que conforme fue desarrollado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 04/2004 es:

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

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

En este contexto, existe incongruencia por parte de la ex autoridad reguladora entre el cargo imputado en primera instancia con la valoración que se hizo de este al momento de emitir resolución, aspecto que crea una inseguridad jurídica por parte del recurrente, al derecho a tener la certeza de que el pronunciamiento que emitió la autoridad administrativa goce de legitimación y certidumbre sobre la prueba de descargo aportada, consecuentemente corresponde anular el

cargo imputado, debiendo el órgano de regulación realizar una valoración adecuada a los antecedentes...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2010 de 19 de abril de 2010).

P.1.3. Principio de Economía Procesal

*“...Si bien, y conforme se apreció del numeral anterior, corresponde declarar la anulabilidad del acto administrativo, debido a la infracción jurídica por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, sin embargo dentro del marco del cumplimiento del debido proceso y tomando en cuenta el **principio de economía procesal**, importa el pronunciamiento de esta instancia jerárquica, en líneas generales sobre temas del fondo del proceso administrativo instaurado contra (...), a efectos de que no se repita el procedimiento con mayores infracciones, tomando en cuenta la decisión final a la que arribo dicha Autoridad.*

Es así que esta instancia jerárquica se pronunciará de forma genérica sobre conformidad o disconformidad sustancial de los actos administrativos con el ordenamiento jurídico y de esta manera cumplir con el señalado principio de economía procesal, que se encuentra fundamentado en los criterios de celeridad y eficacia...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2010 de 3 de mayo de 2010).

P.1.4. Principio de informalismo

*“...El **Principio de informalismo**, consagrado por el artículo 4to. Inc. I) Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo determina:*

“La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo.”

Este derecho fundamental del administrado, implica que la administración pública debe prescindir de exigencias formales no esenciales, más aún si se ve afectado el derecho del administrado a ser oído y ejercer plenamente su defensa, puesto que las garantías del debido proceso, priman sobre exigencias de formalidades que no hacen al acto u proceso...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009).

P.1.5. Principio de legalidad y legitimidad

P.1.5.1. Principio de legalidad y legitimidad

“...El principio de legalidad, se refiere a que la observancia de la Ley y la sujeción a la misma a efectos de legitimar la actuación de la autoridad jurisdiccional o administrativa y garantizar a los administrados que, en ejercicio de sus potestades,

la administración actúe dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

El principio de legitimidad, conforme se expresa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2007, de fecha 6 de febrero de 2007 que señala:

“Siguiendo el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, el término “legitimidad” significa “Calidad de legítimo (v.). legalidad, conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas (...)” asimismo, para dicho autor, la palabra legítimo implica “Legal o conforme a ley (v.). Ajustado a derecho (...)”.

Es decir, que la legitimidad en cuanto a los actos jurídicos o personales deben necesariamente encontrarse enmarcados en la Ley y en el Derecho, así como en las disposiciones normativas aplicables al caso en cuestión...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009).

P.1.5.2. Principio de legalidad

Significa el sometimiento de la administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los regulados frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la Ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Este principio se encuentra plenamente reconocido por el artículo 4 incisos c) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 al decir:

“La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso”

Otro rasgo de sometimiento al derecho está referido a que la administración pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes, a lo previsto en la norma que lo regula conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley N° 2341, cuando indica:

“La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley”.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2009 de 22 de octubre de 2009).

P.1.6. Del principio de motivación que rige el proceso Administrativo sancionatorio

P.1.6.1. Principio de motivación

“...Por consiguiente el principio de motivación conforme concluye uniformemente la doctrina, en materia administrativa sancionatoria, resulta fundamental, toda

vez que constituye la garantía del administrado al debido proceso, al contar con la fundamentación que motivo la sanción que se impone, donde se encontrará la relación de las infracciones cometidas, los hechos, la normativa infringida, los elementos que configuran la calificación de la gravedad entre otros.

De esta manera, el administrado si considera afectados sus intereses, en el marco del debido proceso podrá impugnar las decisiones administrativas...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009).

P.1.6.2. Principio de motivación

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

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

De esta manera, el administrado si considera afectados sus intereses, en el marco del debido proceso podrá impugnar las decisiones administrativas...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

P.1.7. Del principio del “non bis in idem”

“...Respecto a este argumento, la Compañía recurrente ha citado la doctrina y jurisprudencia aplicable, en base a ello se ha llegado a establecer que no ha existido vulneración al principio del “non bis in idem” por lo siguiente:

- a) Conforme los antecedentes del proceso administrativo, se evidencia, que el único procedimiento administrativo sancionatorio que se encuentra vigente y goza de todos sus efectos jurídicos es el presente proceso que generó la emisión de la Resolución Administrativa ASFI N° 085/2009 de 11 de agosto de 2009 y la Resolución Administrativa ASFI N° 312 de fecha 06 de octubre de 2009, por cuanto las anteriores Resoluciones Administrativas sancionatorias del caso de autos, fueron anuladas, mediante Resoluciones Jerárquicas, siendo la última la SG SIREFI N° 104/2007 de 29 de noviembre del 2007 y consecuentemente por la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 1074 de 17 de diciembre de 2007.

- b) Para que exista vulneración al principio del non bis in idem tienen que presentarse de manera concurrente las tres identidades: sujeto, hecho y fundamento faltando uno de ellos no se configura la vulneración.

(...) S.A. alega que ya se habría impuesto en otros procesos sanciones por los cargos 4 y 6. Aplicando lo descrito en el inciso b) se tiene: Si bien existe identidad en el sujeto pasivo (...), no ocurre lo mismo con el sujeto activo denunciante (en el presente caso (...) y en la Resolución Sancionatoria SPVS-IS 686/2004 (...) y (...)); hecho (no registro del reasegurador) y fundamento (incumplimiento de la disposición...); de ello se infiere que al no haberse presentado de manera concurrente las tres identidades no se materializó la vulneración del Principio Non bis in idem...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSE/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010).

P.1.8. Principio de proporcionalidad

P.1.8.1. Principio de proporcionalidad y aplicación de sanciones

“...Sobre el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo reflejado en la Resolución Jerárquica No. 38/2005 establece que:

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

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

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

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora deba ponderar, en todo caso las circunstancias

concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009).

P.1.8.2. Del Principio de Igualdad y Proporcionalidad

"...Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, sobre el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo reflejado en la Resolución Jerárquica No. 38/2005 establece que:

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

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

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

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

En este contexto, la culpa de (...) en la administración de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04, fue plenamente establecida tanto por el

órgano de regulación como en esta instancia jerárquica, las infracciones cometidas se encuentran plenamente identificadas como contravenciones administrativas al punto que (...) en el recurso de jerárquico presentado, señala que “no cuestiona ser sujeto de una sanción por haber incumplido una norma” (inc. f de los argumentos de hecho y derecho) y los hechos sancionados se traducen en varios cargos infringiendo disposiciones legales de la Ley del Mercado de Valores, disposiciones legales regulatorias, normativa interna del propio fondo que guardan estricta relación con la responsabilidad de administración de (...), adecuadas mediante una valoración discrecional de la conducta con la sanción a imponer en concordancia de lo establecido por el artículo 13 del Decreto supremo 26256.

Sobre el principio de igualdad considerado en la doctrina no solamente como un principio, sino también como un valor supremo que no impone que todos los destinatarios de las normas hayan de tener inexcusablemente idénticos derechos y obligaciones. Por el contrario, a situaciones distintas pueden anudarse consecuencias jurídicas diferenciadas.

En este sentido el jurisconsulto José Antonio Rivera Santibáñez señala que: “para efectuar un análisis sobre los alcances del valor de igualdad es necesario acudir a la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual ‘Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’. Sin embargo, aunque en este enunciado se puede distinguir con claridad dos partes diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables; por ello la fórmula requiere un desarrollo más profundo que permita aclarar sus términos.

En efecto, el concepto de igualdad es relativo; dependiendo del sujeto, objeto o circunstancia en la que se aplicara, puede tener una diversa significación en consecuencia, la fórmula aristotélica tiene sentido solo en la medida en que se pueda responder las siguientes interrogantes: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad de qué?, ¿igualdad de base en que criterio? En cuanto a los sujetos pueden ser varios no todos, muchos o pocos; en cuanto al objeto puede ser derechos, obligaciones, condiciones de vida, oportunidades, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; en cuanto a los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.” (Dr. José A. Rivera S. Temas de Derecho Procesal Constitucional Págs. 232-236).

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 083/2000 de 24 de noviembre de 2000, estableció el siguiente concepto: “la igualdad en su genuino sentido, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto a situaciones diferentes, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando la hipótesis que existe una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto a estas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego – lo que quebrantaría la igualdad – sino primordialmente al equilibrio que impone un trato diferente para circunstancias no coincidentes, lo que significa que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más

entes, es decir en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo modo y lugar.”

Ahora bien siguiendo la precitada doctrina y jurisprudencia, se tiene que (...) señala una vulneración flagrante del principio de igualdad – inc. f) del Recurso Jerárquico presentado – que lo relaciona con el principio de proporcionalidad desarrollado líneas arriba, demostrando dicha vulneración en cuanto la SPVS impone una multa de sanción que no corresponde al incumplimiento señalado.

Al respecto, la propia doctrina señala que la igualdad no corresponde a un igualitarismo ciego de acuerdo a la imposición de otro tipo de sanciones y/o multas a los demás regulados así mismo y como se dijo anteriormente el incumplimiento a las normas que conciernen al derecho regulatorio incluida la obligatoriedad de contar con una normativa interna y cumplirla denota un actuar fuera del contexto legal establecido con circunstancias particulares para el efecto adecuando la sanción e imposición de una multa adecuado a las circunstancias, los hechos, y la magnitud de la vulneración al ordenamiento legal...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009).

P.1.8.3. Del principio de Proporcionalidad en la sanción

“...La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (pág. 226) ha establecido que:

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

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

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

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

Al respecto y de la revisión de la normativa aplicable al caso, se ha podido constatar lo siguiente:

Primero.- La normativa imputada y que se habría incumplido, se encuentra claramente identificada en el Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos (Artículo 5, Sección 2, Título VIII, Capítulo VII) inserto en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Segundo.- De la documentación y pruebas aportadas por el recurrente, y la instancia administrativa “a quo”, que se encuentran insertas en el expediente administrativo, se constata que el incumplimiento al artículo 5, Sección 2, título VIII, Capítulo VII sobre el “Reglamento para el Funcionamiento del Sistema de Notificación de Retenciones y Suspensión de Retenciones de Fondos” y al Art. 1358 del Código de Comercio, debido a que no se cumplieron con los plazos establecidos para la retención de fondos y comunicación a la Autoridad Jurisdiccional, así como no se produjo a las retenciones siguientes, cuando el titular de la cuenta de ahorro depositó nuevos montos. Situación, que a su vez, se encuentra confirmada por el propio recurrente.

Tercero.- Sin embargo y dentro del control de legalidad de la imposición de la sanción pecuniaria, corresponde revisar los fundamentos en los que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) se basó para la imposición de la sanción del 0.3% del Capital Mínimo Requerido.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2010 de 6 de abril de 2010).

P.1.8.4. Principio de proporcionalidad

“...La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero en la emisión de Resolución Administrativa ASFI No. 409/2009 de 18 de noviembre de 2009, hace referencia al principio de proporcionalidad trayendo a colación un extracto del precedente administrativo sentado en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera No. 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, correspondiendo desarrollar in extenso lo sentado por el ente jerárquico, cual se transcribe a continuación:

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

idea de justicia o verdad material.

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

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

Así, se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) que el ejercicio de la potestad sancionadora deba ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica, misma que hacen referencia a lo transcrito en la Resolución Administrativa 409/2009 de 18/112009).

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

Asimismo, en base al principio señalado el órgano de regulación concluye de la siguiente manera: “Que, la Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido. En este sentido, toda autoridad administrativa resulta obligada a aplicar la sanción consagrada en las normas de acuerdo con el grado de culpabilidad del regulado o administrado.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

P.1.8.5. Del principio de proporcionalidad y el concurso de infracciones en materia de seguros

“...Tal cual se desprende del análisis realizado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, esta señala que la “Administración Pública debe resolver cada caso ejercitando el poder que le ha sido conferido...”. En este contexto

tenemos que la Resolución Administrativa ASFI No. 409/2009 realiza un análisis de todos y cada uno de los cargos imputados y las infracciones cometidas en un cuadro comparativo, en el que ilustra tanto el accionar del regulado, así como las infracciones cometidas, para posteriormente concluir en la **parte considerativa** con la aplicación de sanción de amonestación para los cargos 1, 4, 5 y 14 y sanción pecuniaria única para los cargos 2, 3, 6, 9, 10 y 11.

De lo fundamentado por el recurrente, resulta evidente que el regulado no se siente conforme con la sanción impuesta, y no le permite ejercer adecuadamente el derecho a la defensa, al desconocer, el monto sancionado ya que la Autoridad Fiscalizadora, no ha explicado, menos individualizado el monto de sanción que ha aplicado, que correspondería para cada cargo (2, 3, 6, 9, 10 y 11) alegando la conculcación al principio de proporcionalidad arriba desarrollado.

Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde.

Por otro lado la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala que: "(...) al existir un concurso real de infracciones... "(...) la suma de todas estas no podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate", habiendo el regulador sancionado a (...) S.A. con multa de primer rango.

En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de \$us. 500, hasta \$us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.

El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único, sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

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

para luego imponer un incremento en la sanción en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo N° 26156 (desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos 3, 6, 9, 10 y 11, de manera previa debió establecer una multa individualizada a cada infracción y posteriormente aplicar el procedimiento establecido en caso de Concurso de Infracciones, situación que no ocurrió y simplemente emitió la Resolución administrativa sin mayor fundamentación que la determinación del monto final de sanción a imponerse.

En efecto, si la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cada una de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza que el administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones clara y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro.

Finalmente, al alejarse del procedimiento, generó mayor confusión en el regulado, cuando no fundamenta el monto de sanción, pese a determinar sanción de amonestación para los cargos 1, 4, 5 y 14 y haber dejado sin efecto los "cargos 8 y 13 imputados".

En conclusión se tiene que el Órgano de Fiscalización no motivó adecuadamente su decisión al imponer la multa al regulado por las infracciones cometidas creando incertidumbre en la emisión del acto ante el regulado debiendo en consecuencia individualizar la multa impuesta para cada cargo formulado y determinar en forma clara y precisa el procedimiento que sigue para la imposición final de la sanción que se vaya a imponer..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

P.1.8.6. Principio de proporcionalidad en la sanción

"...La Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en su Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005 ha establecido:

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

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

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

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

Al respecto y de la revisión de la normativa aplicable al caso, se ha podido constatar que la normativa imputada y que sirve de base al fiscalizador para la imposición de la sanción corresponde al artículo 50, bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financiera, habiendo correspondido una sanción relacionada específicamente a la supuesta infracción cometida, cual es el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenida en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras (norma específica y especial para la aplicación e imposición de sanciones) del Título XIII, Capítulo ii Sección 2.

Por lo que, la proporcionalidad y a la graduación que invoca el recurrente no es aplicable, al encontrarse ya en normativa, la multa específica a aplicar. Por lo cual el recurrente no puede considerar este hecho como una arbitrariedad por parte de la administración..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).

P.1.9. Principio de razonabilidad y la Diligencia del regulado

"...El Principio de Razonabilidad propio del Procedimiento Administrativo establece que: "Todo acto administrativo debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen..."

(DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo", Tomo II, pág. 459, Buenos Aires-Argentina).

De lo transcrito precedentemente, se colige que al determinar la normativa vigente el grado de diligencia, entendido como el de un buen padre de familia (diligencia máxima), se establece también el grado de responsabilidad en cuanto a: i) La verificación de la coincidencia plena de los datos de los documentos con los declarados por el Registrado (responsabilidad in faciendo e in omitendo) y ii) Los requisitos que deben cumplirse para modificación de los Formularios de actualización (responsabilidad in faciendo)..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2009 de 23 de octubre de 2009).

P.1.10. Principios en Materia Sancionadora

"...Como dice Alejandro Nieto García ("Derecho Administrativo Sancionador", 4 ed. Tecnos, Madrid 2005, pág. 347) "La determinación de las sanciones administrativas requieren de un proceso lógico, de una secuencia de determinadas etapas desde la comprobación de los hechos, que constituyen el ilícito administrativo, hasta la imposición de la sanción concreta. En efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias se ha de proceder de la siguiente manera: **a)** Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; **b)** Subsunción del tipo en una clase de infracción; **c)** Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; **d)** Atribución de una Sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase"

Estas fases citadas por la lege ferenda y aplicadas al derecho positivo de Valores son: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación de la sanción, interesando al caso de análisis los tres (3) últimos. Elementos que a continuación se analizarán a efectos de revisión de la sanción impuesta por el órgano regulatorio sectorial, quien cuenta con la facultad sancionatoria:

Tipificadas las infracciones y en función a la actividad complementaria que el órgano regulatorio debe observar, se ha verificado que, la ASFI procedió a su calificación encuadrando las infracciones cometidas por la BBV dentro el primer rango determinado por el artículo 20 inciso b) del Decreto Supremo 26156, delimitando de esta forma la cuantía sancionatoria desde \$us. 500.- hasta \$us. 10.000.- conforme lo dispone el artículo 13 del citado Decreto para enseguida pasar a la graduación de la sanción.

En este entendido, y siguiendo la normativa aplicable, la ASFI consideró el criterio del concurso de infracciones establecido por artículo 7 inciso c) del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores otorgando –según expresa- al cargo 1 el grado máximo, teniendo en cuenta como circunstancias concurrentes que la Entidad a través del Comité de Inscripción del Directorio, habría sesionado y autorizado la inscripción de los valores "Hotel Europa NAFIBO 011" y las Acciones suscritas y pagadas del (...) S.A., sin que estos valores previamente hayan sido registrados y autorizados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Queda claro entonces, y además aceptado por la propia entidad recurrente (por cuanto no ha recurrido el cargo 1), que dado que, por un mismo hecho se ha constituido más de una infracción tipificada en el artículo 33 de la Ley del Mercado de Valores (inciso i relacionado con el inciso a) y la Reglamentación Interna de la Bolsa Boliviana de Valores S.A. se aplicó la sanción que correspondía a la infracción más grave, incrementada en un cincuenta por ciento (50%).

En cuanto a la concreción de la cuantía dentro del margen preestablecido por la norma (\$us. 500.- a \$us. 10.000), el Reglamento no establece un procedimiento para la determinación del monto que la Autoridad Regulatoria debe imponer dentro de dicho rango, dejando en todo caso cierta libertad, que no debe confundirse con amplia discrecionalidad ni arbitrariedad, sino en función a las circunstancias de la infracción y por los principios sancionadores que ingresan en su función integradora del sistema normativo, posición coincidente con lo mencionado por Leodegario Fernández Marcos ("El Procedimiento Administrativo Sancionador", Valencia 1991, pág. 136) "Los criterios legales de graduación son circunstancias que rodean la infracción y condicionan el ejercicio de la facultad sancionadora administrativa, al aplicar la sanción en cualquiera de sus grados. Lo importante es subrayar, en todo caso, que los criterios de graduación que se establecen limitan la discrecionalidad administrativa al aplicar el grado de la correspondiente sanción".

Asimismo, queda expuesto el hecho que el recurrente no ha conocido el monto de sanción que se ha impuesto para cada cargo, generándole incertidumbre, por lo que corresponde traer a colación el precedente sentado por esta Cartera de Estado en la Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010, que expresó:

"...Siguiendo el presente análisis, se tiene que el principio de proporcionalidad para la imposición de sanción en materia administrativa, debe estar estrictamente ceñido a la conducta e infracción cometida, estableciendo una sanción de acuerdo a cada caso en concreto, ya que este principio fundamental en materia sancionadora no simplemente se limita a ser impuesto de acuerdo al rango establecido en la norma especial, sino que también debe contener la certidumbre que necesita el administrado de conocer que si cometió una determinada infracción, la sanción que se le aplica, estará de acuerdo con la gravedad de esta, otorgándole de esta manera seguridad jurídica en cuanto a que la administración pública ha adecuado su conducta a lo que en derecho corresponde...

...En este contexto el inciso a) del Artículo 12 del Decreto Supremo N° 26156 de 12 de abril de 2001 establece una multa en el grado de Primer Rango de \$us. 500, hasta \$us 10.000, siendo una facultad discrecional del operador de justicia administrativa, establecer bajo ese parámetro económico la sanción a imponer, pero sin olvidar la obligación de motivar no solamente la conducta de la infracción sino también la sanción que se imponga.

El regulador señala que las acciones e infracciones cometidas por el recurrente constituyen un Concurso de infracciones, entonces la sanción de multa habría sido impuesta, tomando dicha consideración y estableciendo un monto único,

sin embargo no fundamenta y permite evidenciar la aplicación correcta del Art. 7 del Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001.

Asimismo, la práctica jurídica y la doctrina establecen que las sanciones que aplican por un Concurso de Infracciones, además de estar respaldadas en normativa, deben ser identificadas y tipificadas de manera separada de acuerdo a cada caso, individualizando la conducta, el tipo y la sanción que corresponda para luego imponer un incremento en la sanción en un porcentaje determinado por ley como consecuencia de la comisión de más de una infracción ya sea con un acto o varios actos sucesivos.

Por lo que, queda claro que dentro los parámetros de sanción que establece el artículo 13, del Decreto Supremo N° 26156 (desde \$us. 500 hasta \$us. 10.000), la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero a tiempo de imponer sanción pecuniaria por los cargos (...), de manera previa debió establecer una multa individualizada a cada infracción y posteriormente aplicar el procedimiento establecido en caso de Concurso de Infracciones, situación que no ocurrió y simplemente emitió la Resolución Administrativa sin mayor fundamentación que la determinación del monto final de sanción a imponerse.

En efecto, sí la Autoridad Fiscalizadora, hubiere realizado una correcta aplicación de la norma, desarrollando en la parte considerativa, el monto de sanción que se pretendía imponer a cada una de las infracciones cometidas sujetas a sanción pecuniaria, para luego aplicar el procedimiento establecido para el Concurso de Infracciones, hubiera dado certidumbre y certeza al administrado, permitiendo ejercer su derecho a la defensa, sobre determinaciones claras y precisas, sin lugar a la emisión de un acto administrativo poco claro..."

Por todo lo desarrollado se llega a la conclusión que, aunque es atribución de la entidad reguladora aplicar sanciones a los regulados cuando determine infracciones que generen prácticas no autorizadas por la normativa del sector, no debe olvidarse que la actividad de la Administración Pública debe estar enmarcada en los principios generales del procedimiento administrativo, como garantía individual del regulado, donde el principio de congruencia manda a contar con Resoluciones definitivas motivadas y congruentes, situación que no sucedió en el presente caso conforme se ha desarrollado up supra, situación que además de afectar al regulado incide en la determinación que deba asumir este Ministerio a tiempo de resolver el Recuso Jerárquico, por lo que se anula el procedimiento a objeto de que la Autoridad Fiscalizadora proceda con la regularización de la sanción, sin perjuicio de tomar en cuenta las consideraciones legales expuestas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica en el marco del principio de economía procesal..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2010 de 29 de junio de 2010).

P.1.11. Principios que deben cumplirse en un proceso sancionatorio

"...Es así que, la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, establece los principios generales de la actividad administrativa,

debiendo la administración pública ajustar todas sus actuaciones a las disposiciones legales establecidas en la precitada norma, correspondiendo realizar un análisis de los principios por los cuales deben fundamentarse los actos administrativos emitidos – en este caso – por el órgano de regulación.

a) Principio de sometimiento pleno a la ley.

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

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

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

Ahora bien, en la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos proyecta tanto en un procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.” (Resolución Jerárquica de Regulación financiera SGSIREFI/RJ No. 04/2005 de 134 de enero de 2005).

b) Principio de verdad material y principio de tipicidad.

“...El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que hace referencia el inc. d) del artículo 4 de la ley 2341 determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no limita solo a la investigación de la infracción de la ley sino también a la imposición de la sanción de acuerdo a la tipicidad en la que se encuentra enmarcada la conducta.

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009 de 14 de septiembre de 2009).

P.1.12. Principio de sometimiento pleno a la ley

*“...El **Principio de sometimiento pleno a la ley**, determinado en el inciso c) del artículo 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo determina que:*

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

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

Ahora bien, la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos proyecta tanto en un procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.” (Resolución Jerárquica de Regulación financiera SGSIREFI/RJ No. 04/2005 de 134 de enero de 2005).

En este contexto la legalidad de un acto administrativo debe circunscribirse a valorar todos y cada uno de los actos procesales llevado a cabo dentro un proceso administrativo y la fundamentación oral presentada por el recurrente representa un acto procesal válido y legítimo...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009).

P.1.13. Principio de Tipicidad

P.1.13.1. Principio de Tipicidad

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

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

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

decisión subjetiva y arbitraria". (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)..."
(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

P.1.13.2. Principio de Tipicidad

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

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

P.1.14. Principio de Verdad Material

P.1.14.1. De la obligación de cumplir con el Principio de verdad material

"...Por lo que, queda demostrado que la Autoridad Fiscalizadora, reconoce que no ha seguido un proceso correcto de Diligencias Preliminares, ya que basó su imputación solo en la información existente en su institución. Asimismo demuestra

que la imputación iba dirigida a la falta de bloqueo de casos que sobrepasaron los 120 días a partir de la fecha en que le correspondía el cobro, por lo que presumió que al haberse pagado en fecha posterior a los 120 días dichos pagos la AFP procedió con el bloqueo IAR, cuando no sucedió de esa manera, situación que indujo a que la Autoridad Fiscalizadora imputara incorrectamente el cargo para determinados casos.

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010).

P.2. De la limitación del pronunciamiento en instancia jerárquica

“Sobre el tema, se trae a colación lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dice: “I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias. II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y solo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente ley”. De lo transcrito se infiere que cada órgano administrativo tiene una competencia específica determinada por ley, de ahí que la Constitución Política del Estado sancione con la nulidad del acto la usurpación de funciones.

En el presente caso, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas tiene como atribución única el pronunciamiento sobre la conformidad o disconformidad de los actos emitidos por los entes de regulación sectorial...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2009 de 9 de septiembre de 2009).

P.3. De la prescripción

“...Tenemos entonces, que para que opere la prescripción no se requiere únicamente el paso del tiempo, sino que se tiene que considerar elementos subjetivos como el ejercicio o inactividad del derecho.

Partiendo de este concepto, el mencionado precedente administrativo establece dos corrientes diversas sobre la naturaleza de la prescripción; la primera concibe e esta institución como de **carácter procesal**, cuya aplicación dependa de la concurrencia del elemento subjetivo del abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción; y la segunda como institución de naturaleza **sustantiva material**, dependiendo su aplicación exclusivamente de los elementos objetivos de la paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido. Sin embargo dichas corrientes, pueden llegar a ser aplicadas simultáneamente para

que proceda o se dé inicio al instituto jurídico de la prescripción...”

“...Una vez realizada una descripción objetiva de los actos y hechos administrativos suscitados durante la tramitación del proceso sancionador se tiene que en ningún momento se dio una inactividad ni un comportamiento pasivo por parte del denunciante ni de la administración pública.

Si bien es cierto que entre la denuncia presentada y la emisión de la Resolución Administrativa Sancionatoria han transcurrido tres años, 5 meses y 28 días, durante este lapso de tiempo, se fueron dando una serie de actos administrativos que prolongaron la investigación sobre lo denunciado, teniendo como consecuencia un trámite administrativo con muchas impugnaciones que derivaron en la interposición de procesos recursivos que obligatoriamente debieron ser tratados y resueltos por las instancias pertinentes.

Por todo ello, se colige que en franca aplicación del principio de verdad material la verdad objetiva de los hechos que dieron curso a la prolongación del tiempo establecido, se debió una serie de actos administrativos consecutivos que se fueron dando y la atención de la denuncia jamás fue dejada de lado ni se tuvo una actitud pasiva por parte de la administración pública

Consecuentemente, no habiendo concurrido un elemento esencial para que opere la prescripción de la acción administrativa, como lo es la inactividad subjetiva del denunciante o la inactividad de la administración no es procedente la solicitud de prescripción hecha por el recurrente respecto al tiempo transcurrido desde la denuncia presentada por (...) hasta la imposición de la sanción mediante Resolución Administrativa ASFI N° 088/2009 de 11 de agosto de 2009...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2010 de 19 de enero de 2010).

P.3.1. De la prescripción de las infracciones

“...El artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IS 602/2003 la Ley de Seguros disponen que las **infracciones** prescriben a los dos (2) años a partir de la fecha de realización de los hechos, actos u omisiones constitutivas de la infracción.

La prescripción parte de reconocer que los efectos del transcurso del tiempo acarrearán la pérdida del “ius puniendi” del estado causando la pérdida de la posibilidad **de sancionar** el incumplimiento de las normas.

Es de especial importancia, anotar que el fenómeno de la prescripción no se produce automáticamente por el vencimiento del término preclusivo, sino que debe ser alegado por el interesado, así lo precisa Fernando Hinestrosa, en su texto “Tratado de las Obligaciones”, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición: “...la prescripción no tiene efecto **ope legis** o **per ministerium legis**, sino **ope exceptionis**, o mejor dicho, que requiere su invocación y que el juez, **acogiéndola, desestime la pretensión del acreedor y declare extinguido su derecho en razón de declarar prescrita la obligación del excepcionante, o, en su**

caso, pronuncie sentencia estimatoria de la demanda de prescripción intentada por el deudor, con los mismos efectos”.

Significa lo anterior, que el interesado ostenta la capacidad dispositiva frente a la prescripción, lo que le permite incluso, renunciar a ella, si así lo considera necesario.

Aunque nuestra economía jurídica administrativa no lo reconoce expresamente, la doctrina, jurisprudencia y precedentes administrativos, se han encargado de desarrollar las llamadas infracciones continuadas y sucesivas (que por su naturaleza admiten la subsanación) y las infracciones instantáneas; para las primeras se establece como forma de computar el plazo de la prescripción el cese de la continuación de la infracción, mientras que para las segundas la prescripción se inicia desde la comisión de la infracción.

Aplicando lo expuesto al caso concreto, se tiene que la ASFI, no fundamenta ni motiva la prescripción alegada por lo siguiente:

- No motiva ni fundamenta por qué las infracciones cometidas por (...) S.A. son consideradas permanentes y continuadas y cuáles son los efectos que se han mantenido en el tiempo, o en su defecto porque no fueron consideradas instantáneas.
- No motiva ni fundamenta aspectos tales como fechas exactas en que se hubiere cometido cada una de las infracciones sean permanentes o instantáneas, limitándose a señalar períodos de tiempo, sin considerar los plazos que otorga la norma por el incumplimiento cometido, así como los casos en que se hubiere presentado la denuncia como **hecho interruptivo** de la prescripción...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010).

P.3.2. Del inicio de la prescripción

“...Sobre la prescripción Capitant señala que la misma: “...es un modo de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Opera como excepción cuando el deudor la opone a la acción del acreedor que se ha descuidado exigir el cumplimiento de una obligación”.

Asimismo expresa que:

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

En nuestro ordenamiento administrativo, la prescripción en cuanto a infracciones y sanciones se encuentra normada en la Ley de

Procedimiento Administrativo, en su artículo 79, Capítulo VI que dice: “Las Infracciones prescribirán en el término de dos años. Las sanciones impuestas se extinguirán en el término de un 1 año. La prescripción de las sanciones se interrumpe mediante la iniciación del procedimiento de cobro (...)”

*En este entendido, corresponderá determinar el momento que empieza a correr la prescripción, que siguiendo la doctrina se debe tomar en cuenta dos momentos, **el primero y el que cobra relevancia en el presente caso, se da desde la fecha de la comisión de la infracción o falta administrativa hasta que el procedimiento investigativo o sancionatorio se haya iniciado (el cual a su vez suspende el plazo de la prescripción).***

El segundo momento, es el que computa el plazo para la prescripción desde el día siguiente en que la sanción adquiere firmeza administrativa o por paralización del procedimiento administrativo sancionador, la fecha de inicio de la prescripción se empieza a contar desde la última actuación administrativa de contenido material sancionador que se celebró y a partir de la cual el procedimiento se paralizó de forma ininterrumpida. Esta interpretación coincide plenamente con lo expresado por esta Superintendencia General del SIREFI, mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 05/07 de 10 de enero de 2007.

Subsumiendo al caso de autos, se tiene que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero emitió informe/ASFI/DSR II/R-11328/2009 el 17 de junio de 2009 mediante el cual se determinó a fs. 16, a 13, en el punto 2.8.1 la supuesta vinculación entre las empresas (...) SRL e (...) SRL con algunos ejecutivos del (...) S.A. De igual modo a fs. 14 la Autoridad Fiscalizadora expresa que se verificó la contratación de estas dos empresas durante las gestiones 2005 al 2009 con el (...) S.A. ambas vinculadas por propiedad y por administración.

En fecha 9 de octubre de 2009, mediante nota ASFI/DSR II/R-45070/2009 se pone en conocimiento del (...) S.A. la notificación de cargos por el supuesto incumplimiento del artículo 50 inciso a), bajo el criterio establecido en el inciso b), numeral 2, concordante con el artículo 79 inciso d) de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.

Importa a su vez hacer referencia a que la Autoridad de Supervisión a la hora de la notificación y posterior sanción no ha individualizado los supuestos créditos vinculados que hubiera cometido (...) dando una sanción única por la supuesta infracción cometida.

Sin embargo, se constata que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no ha valorado la existencia de casos prescritos, cuya data es mayor a los dos años determinados por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin embargo al haberse ya dilucidado el fondo del Recurso, conforme se procedió en el numeral anterior, ya no corresponde mayor análisis sobre el particular...”

“...En base a los precedentes administrativos, la prescripción en materia administrativa es objetiva, se comienza a computar a partir del día siguiente de producido el hecho, y en caso presente el hecho es fácilmente verificable por la fecha contenida en el anverso y reverso del cheque materia de la controversia y la documentación que cursa a fs.1.398 a 1.444. El conocimiento por su parte, al

encontrarse en la esfera subjetiva no es considerado por cuanto no puede efectuarse una verificación del fuero interno de las personas...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 025/2010 de 4 de octubre de 2010).

P.3.3. Prescripción de infracciones y sanciones

“...En este contexto tenemos que la norma procesal especial ha establecido de forma clara y categórica el régimen de la prescripción de las infracciones y sanciones impuestas por lo que siempre apelando al principio de verdad material corresponde realizar una retrospección de los hechos que motivaron la infracción cometida por el administrado versus el tiempo transcurrido y la adecuación a lo establecido en la precitada disposición legal.

De acuerdo a todo lo expresado y realizando una valoración del tiempo transcurrido se tiene que en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto a las “infracciones” establecidas en el informe legal SB/ISR-II/D-30522/2008 de 13 de junio de 2008 y los cargos imputados a los presuntos responsables habrían transcurrido más de dos (2) años del hecho cometido y/o la infracción realizada, debiendo en consecuencia aplicar de forma taxativa lo dispuesto por el precitado artículo 79 de la Ley procesal administrativa debiendo declararse la prescripción de las infracciones establecidas en los cargos imputados a (...) y (...), sin que este hecho conlleve a la no procedencia de la restitución de los intereses cobrados en demasía por parte del (...) S.A. en favor de su cliente (...) y más aún si este aspecto no ha sido impugnado...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

P.4. Pronunciamientos firmes en sede administrativa

“...Al respecto el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no se encuentra facultado a pronunciarse, ya que carece de competencia, sobre decisiones que a la fecha ya fueron juzgadas en otro proceso administrativo y se encuentran firmes en sede administrativa...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2010 de 12 de febrero de 2010).

P.5. Sobre las instancias procesales dentro el Procedimiento Administrativo

“...De acuerdo al recurso presentado por (...), llama la atención que tanto en la suma del mismo, su desarrollo y el petitum, se infiere que el recurrente interpuso “Recurso revocatorio” en instancia revocatoria; aspecto que de haber sido su verdadera pretensión, contradice los lineamientos legales dentro el procedimiento administrativo; puesto que este cuenta con instancias procesales

específicas y no es procedimentalmente viable pretender impugnar doblemente actos definitivos en la misma instancia que los resolvió.

Todo procedimiento legal ya sea civil, penal, judicial, municipal, administrativo, etc. se encuentra conformado por etapas procesales así como instancias procesales que deben ser sistemáticamente tramitadas de acuerdo a la su propia legislación procedimental; sucesión de actos que conllevan a la decisión de toda autoridad de emitir pronunciamiento en derecho, susceptible a ser impugnado, pero siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Es así que el Procedimiento Administrativo, se encuentra reglado por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 (Ley Marco) y su reglamentación especial para el Sistema de Regulación Financiera aprobada mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003; disposiciones legales concordantes y congruentes entre sí sobre las etapas procesales en materia administrativa y regulatoria financiera, estableciendo instancias procesales de procedimiento e impugnaciones específicas y de cumplimiento obligatorio.

En este contexto, podríamos decir en un carácter meramente ilustrativo y para su mejor entender, que las aludidas disposiciones legales administrativas, establecen principalmente tres instancias (i) la primera corresponde al proceso inicial que culmina con la manifestación legal de la autoridad administrativa mediante un acto administrativo debidamente motivado que en materia de nuestra competencia puede ser declarativa de derechos, regulatoria y/o sancionatoria, (ii) Una vez emitido el acto administrativo, ya sea de alcance particular o general; este puede ser impugnado por los sujetos procesales legitimados de acuerdo a los agravios sufridos en sus derechos subjetivos, abriéndose paso a una segunda instancia, que el procedimiento administrativo lo denomina Instancia Revocatoria (iii) y la tercera instancia de impugnación conocida como Jerárquica que de acuerdo al procedimiento administrativo regulatorio es la máxima instancia de impugnación en la vía administrativa.

Tenemos entonces, que el procedimiento legalmente constituido no admite "un recurso revocatorio en instancia revocatoria" (Art. 66 L.P.A. y Art. 52 D.S. 27175), empero tampoco la autoridad administrativa debe negar el derecho del peticionante, a la impugnación de un determinado acto, sin importar la instancia en la que se encuentren los eventuales errores procedimentales que el recurrente pudo incurrir; siendo su deber encausar el procedimiento de acuerdo a los principios legales establecidos en materia administrativa; elevando dicha impugnación ante instancia correspondiente.

Es en este sentido que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió la impugnación presentada por (...) S.A. sin importar el nomen juris que el escrito contenía (Interpone Recurso de Revocatoria); ya que la instancia competente para conocer y evaluar la Resolución Revocatoria ASFI N° 345/2010 de 10 de mayo de 2010 es la Jerárquica..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 de 26 de noviembre de 2010).

P.6. De la correcta aplicación del procedimiento administrativo

“...En primera instancia corresponde señalar que en la práctica procesal – cualquiera sea la materia – los operadores de justicia, de oficio o a denuncia expresa, (dado el caso concreto y la autoridad competente); se encuentran en la obligación de verificar la correcta aplicación del procedimiento y en caso de llegar a evidenciar faltas o defectos que lesionen la perfección del acto en su validez o en su eficacia; estos deben ser enmendados, saneados y/o corregidos impidiendo su subsistencia o ejecución, en razón a los principios de legalidad justicia y eficacia, resguardando garantías legalmente constituidas y en su caso, la no afectación del orden público. Dicha enmienda y/o corrección debe ser de previo y especial pronunciamiento a la cuestión de fondo a tramitar, no siendo pertinente realizar valoraciones sobre la naturaleza misma del proceso...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 030/2010 de 26 de noviembre de 2010).



R.1. Recurso de Revocatoria y Recurso Jerárquico

“... la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002, establece dos medios de impugnación cuales son el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico.

El Recurso de Revocatoria o también conocido por la doctrina como de reposición, es el medio de impugnación que tiene el administrado para oponerse en primera instancia a las decisiones de la administración, cuando se vean lesionados sus derechos subjetivos. Este recurso se presenta ante el órgano que emitió el acto que es también el órgano competente para resolverlo.

El Recurso Jerárquico cuyo objeto es someter a control de legalidad los actos dictados por la administración pública pronunciados mediante resoluciones administrativas de carácter general o actos administrativos de carácter equivalente, cuando los mismos hubiesen provocado una vulneración a los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

De lo dicho se tiene que el recurso jerárquico procede solo y en cuanto a la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2009 de 9 de septiembre de 2009).

R.2. Presentación de Recurso de Revocatoria fuera de plazo

“El recurrente fue notificado el 03 de diciembre de 2008 y conforme establece el artículo 48, transcrito up supra, contaba con quince (15) días hábiles administrativos para presentar el Recurso de Revocatoria. A fs. 31 y 32 de obrados se aprecia que, si bien el recurso se encuentra fechado el 22 de diciembre de 2008 (2 días antes de su vencimiento) fue presentado a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el 29 de diciembre de 2008, pasados los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por la norma.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2009 de 9 de septiembre de 2009).

R.3. De la interposición de más de un Recurso de Revocatoria

“...Este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, compulsado el expediente ha determinado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha seguido el procedimiento administrativo conforme establece la normativa de la materia.

Es así que, importará revisar los actuados administrativos que la Autoridad Supervisora ha realizado:

a) La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras emite la Resolución la Resolución SB 0048/2009 contra la cual los Ejecutivos y Directores del (...) y (...) presentan Recurso de Revocatoria.

b) La Autoridad de Supervisión Financiera emite Resolución Administrativa ASFI N° 014/2009 de 26 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por los Directores y Ejecutivos del (...) S.A.

c) Posteriormente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite la Resolución ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado (...) SRL.

Conforme a procedimiento, la ASFI debió considerar que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras inició un proceso sancionador contra los Ejecutivos y Directores del (...) S.A. y que a consecuencia de dicho proceso se vieron afectados terceros interesados ((...) SRL. y (...)). (Art. 12 LPA y Art. 41 DS 27175)

Asimismo la ASFI tenía el deber de resolver los dos recursos de revocatoria (Directores (...) y (...) S.R.L.) en una misma resolución y no, como lo hizo, en dos resoluciones que dieron lugar a dos procesos diferentes. (Art. 44 LPA).

El hecho que existan dos recursos de revocatoria no significa que los mismos se tramiten de forma separada **más aún si los dos Recursos de Revocatoria corresponden a un único acto administrativo, y más aún cuando las impugnaciones planteadas, correspondían a una misma Resolución Administrativa, cual es la RA SB 0048/2009.**

Lo dicho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que: "...el principio de legalidad en el ámbito administrativa, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos. Este principio está reconocido en el art 4 inc c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)

Otro signo del principio de sometimiento de la administración al derecho está referido a que la administración no puede substraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetarse su actuación y el de las partes en su caso, a lo previsto en la norma que regula el caso en cuestión. Conforme a esto, la Ley de Procedimiento Administrativo en su art. 2 establece que: 'La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley.'

Finalmente y sobre el punto, cabe recordar y hacer referencia al principio de Unidad Procesal entendido como aquel " En que toda actuación que se inicie ya sea de oficio por parte de la administración o a solicitud de parte, implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un Sistema de Seguridad formal, que por razones de economía y eficacia

debe ser respetado si se pretende que la Administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación. La formación de un expediente administrativo, garantiza el principio de la unidad procesal que resguarda que toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el Artículo 4 literal k) de la Ley de Procedimiento Administrativo, precisamente para evitar una dispersión innecesaria del procedimiento administrativo" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004)..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009 de 30 de noviembre de 2009).

R.4. De la obligación de la Autoridad Reguladora de considerar la impugnación en su integridad

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010).

R.5. Requisitos de admisión del Recurso de Revocatoria

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010).

R.6. Procedencia del Recurso Jerárquico

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

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2010 de 19 de enero de 2010).

R.7. Del informalismo y reconducción de procedimiento

“...De igual forma y bajo el principio de informalismo entendido como el de inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, así como la obligación de calificación y determinación del procedimiento que se debe seguir, conforme dicta la Ley de Procedimiento Administrativo, se entiende que el “Recurso de Revocatoria” presentado ante el Ex Superintendente de Bancos y Entidades Financieras y remitido al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas corresponde a Recurso Jerárquico.”

“La Ley de Procedimiento Administrativo artículo 4 inc. I) señala que uno de los principios fundamentales de la administración, es el principio de informalismo entendido como la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado (...) y pudiendo ser excusadas, y no interrumpe el procedimiento administrativo.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 42, determina que: “El

órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación”

El Tribunal Constitucional en un caso con supuesto factico similar ha determinado en su Sentencia Constitucional 0512/2003-R que: “En el caso de autos, en virtud de “informalismo” del Derecho Administrativo (junto con los de oficialidad y eficacia) - que excusa al administrado de la observancia de las exigencias formales no esenciales ambos recurridos, buscando favorecer al recurrente para que ejerza su derecho de impugnación, corrigieron las evidentes equivocaciones formales del recurrente, admitiendo un recurso denominado apelación (...) de esta manera, suplieron la confusión en que incurrió el recurrente a tiempo de utilizar los recursos de impugnación”

Por lo que, queda claro que el Recurso presentado por Julio Valenzuela Gonzales, no puede ser desestimado aplicándose a favor del recurrente el principio de informalismo y de favorabilidad, y habiéndose calificado correctamente como Recurso Jerárquico a tiempo de su admisión.”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009 de 30 de noviembre de 2009).

R.8. Sobre la Reiteración / Reincidencia

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

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

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

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

Siguiendo a Juan Manuel Sánchez-Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) “...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva

ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

- i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.
- ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

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

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

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

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

- i. La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexas (infracciones de la misma o distinta naturaleza)
- ii. La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva infracción.

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

En el caso concreto, el artículo 287 del Decreto Supremo N° 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, establece en el inciso b) que: “Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión de acuerdo a lo siguiente: (...) b) Multas y sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas **‘reiterativas’** de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media”

Efectivamente y como lo expresa el regulado en el Recurso de Revocatoria “...la resolución se torna confusa si se está considerando la reincidencia que no se encuentra comprendida en la normativa del sector de Pensiones...”, no obstante debe resaltarse que el **espíritu de la norma** y la intención que tuvo el legislador, su autor, a momento de emitir la norma y acoger el término de reiteración fue el de

establecer un elemento agravante de las conductas infractoras de una misma naturaleza.

En aplicación de la doctrina expuesta resulta evidente, a juicio de esta instancia, que la ponderación realizada al respecto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, debe mantenerse, máxime si, como es el caso (...), fue sancionada por hechos de la misma naturaleza (Artículo 8 parágrafo segundo de la R.A. 257/2004) mediante Resoluciones Administrativas 268/2006, 759/2007 y 1089/2007.

Finalmente, el argumento expuesto por la entidad recurrente de que: "...la reiteración si se encuentra normada pero sin reglamentación en cuanto a su aplicación..." y que: "debe establecerse cómo exactamente deberá comprenderse, de qué forma será sancionado en la graduación de la imposición de la sanción pecuniaria...", constituye un argumento subjetivo que carece de objetividad y consiguientemente no puede ser considerado en la presente resolución, pues no es competencia de este Órgano de Estado ingresar a discutir sobre la pertinencia o no de la solicitada reglamentación. Debiendo además señalarse que la facultad de regulación y supervisión están reservados para el ente regulador y para el Estado y no así para los regulados quienes están constreñidos al cumplimiento de las normas..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009 de 17 de diciembre de 2009).

R.9. De la Revocatoria parcial

"...Sin embargo, corresponde precisar, que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la resolución del Recurso de Revocatoria, no puede establecer la "Revocatoria Parcial", cual determina en su punto 1 de la parte Resolutiva de la Resolución Administrativa ASFI N° 266/2009 de 25 de septiembre de 2009, toda vez que no debe olvidarse que dicha figura corresponde ser aplicada en aquellos casos en los que se deja sin efecto parte de la Resolución recurrida (Art. 43 Parágrafo 1 b) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo), situación que no ocurre en el caso de autos, toda vez que bajo un criterio sin mayor sustento en la Resolución impugnada (Resolución Administrativa ASFI N° 74/2009 de 30 de julio de 2009,) no consideró sanción o desestimación para los cargos 1, 2 y 3 al establecer en la parte considerativa que: "...la determinación de la sanción podrá ser establecida cuando la autoridad jurisdiccional determine la responsabilidad, el daño y el perjuicio ocasionado en el pago del cheque N° 05079-9 en cumplimiento a lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010).



S.1. Seguridad jurídica

S.1.1. Seguridad Jurídica

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

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

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

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

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009 de 23 de octubre de 2009 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009 de 20 de noviembre de 2009).

S.1.2. Seguridad Jurídica

“...La **seguridad jurídica** en todo proceso permite establecer a cabalidad que el procedimiento administrativo haya sido cumplido, traduciéndose en un valor

supremo del derecho que conduce al camino correcto en el que los jueces, tribunales y administradores de justicia en general deben seguir para obrar en equidad y derecho, buscando la mayor congruencia entre lo legal y lo justo, permitiendo que los administrados conozcan en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

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

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 001/2010 de 18 de enero de 2010, Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 002/2010 de 18 de enero de 2010 y Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2010 de 17 de febrero de 2010).

S.1.3. Seguridad Jurídica

"...La seguridad jurídica no se encuentra contextualizada como un principio rector de la actividad administrativa, sin embargo este no debe ser soslayado por la Administración Pública, debido a que constituye el elemento fundamental por el que deben regirse los actos de la administración pública. Es tal su relevancia, que ha sido reconocido constitucionalmente y por lo tanto adquiere una profunda importancia, porque le da al administrado la confianza, que los actos administrativos emitidos por el regulador, observarán y respetarán la aplicación de normas válidas y vigentes, otorgando de esta manera la certidumbre de que se han valorado de forma adecuada e imparcial los hechos que motivaron para emitir un determinado pronunciamiento administrativo, estableciéndose en consecuencia un orden público y una armonía legislativa ya que si no habría estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica (como lo es la imposición de una sanción justa), obviamente los sometidos a la ley no pueden estar gozando del derecho a seguridad.

Tenemos entonces que la Seguridad jurídica no es más que la aplicación objetiva de la ley de tal modo que todos los individuos sometidos al imperio de la misma sepan en cada momento y con meridiana claridad cuáles son sus derechos, obligaciones y por qué se los juzga o sanciona, sin que el arbitrio de los órganos de poder pueda causarles perjuicios. Implicando a su vez un derecho de certeza y certidumbre que tiene todo sujeto procesal frente a las decisiones, ya sean judiciales, administrativas o de cualquier otra índole legal, quienes deben motivar adecuadamente su decisión respetando y resguardando los principios fundamentales y legales y es los referidos al principio de buena fe, legalidad, legitimidad y sometimiento pleno a la Ley, de los actos administrativos.

Podemos afirmar entonces que la seguridad jurídica se orienta a lograr la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que la

certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2010 de 19 de abril de 2010).

S.2. Del Proceso sancionador

“...Para llegar a la sanción, la Administración debe seguir un procedimiento formal, así lo enuncia el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, al establecer las etapas de dicho procedimiento; el que necesariamente deberá iniciarse con la notificación, a los presuntos infractores, con los cargos imputados para que estos tengan la oportunidad de presentar pruebas de descargo y/o alegaciones en el término previsto por Ley, esto, con el propósito establecido en el artículo 71 de la mencionada ley adjetiva que indica que: “Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad”.

De ahí que la observancia de los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo no sólo tiendan a la protección subjetiva sino a la defensa de la norma jurídica, con el fin de mantener el imperio de la legalidad, colocando a la administración pública en la necesidad elemental de respetar, en el ejercicio de sus funciones, las garantías y derechos consagrados por la Constitución y, en particular, la de inviolabilidad de la defensa en juicio, por lo que corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero enmendar la omisión en la que incurrió...”

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2010 de 23 de febrero de 2010).



T.1. Terceros Interesados

T.1.1. De la participación de los terceros interesados dentro del proceso administrativo

“...El artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: “Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera que, además de las personas comparecidas, otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento administrativo.”

El Artículo 41, Parágrafo II, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que cuando existan terceros interesados se deberá hacerles conocer la impugnación respectiva, para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación se apersonen a la Superintendencia respectiva y formulen sus alegaciones o fundamentos, con los mismos derechos que él o los recurrentes.

Gordillo en su “Tratado de Derecho Administrativo” al referirse al tercer interesado y su importancia dentro del proceso administrativo ha señalado:

“... el concepto de terceros queda subsumido en el de ‘parte interesada’, en tanto se discuten allí derechos subjetivos o intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, las relaciones entre un particular y la administración pueden tener alcance sobre otros intereses o derechos y, con más razón, sobre derechos de incidencia colectiva de otros sujetos de derecho ajenos aparentemente a la cuestión debatida. Esta afectación de otras personas las transforma no en terceros sino en partes interesadas. Por ello su intervención es obligatoria y no es en consecuencia una mera potestad administrativa citarlos a comparecer en el procedimiento, escucharlos y admitirles producir prueba. Por el contrario, restringir esta participación provoca la falta de transparencia del procedimiento administrativo.

Así las cosas, la citación de los interesados es no sólo una obligación para la administración sino para el administrado en cuanto está obligado, en virtud del deber de buena fe y lealtad procesal, a denunciar su existencia y no ocultarla.”

Por su parte, Gonzáles en el Libro, “Manual de Procedimiento Administrativo señala sobre el particular que: “Puede definirse como terceros a los sujetos que aparecen como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada

jurídicamente por el contenido de otra distinta, aunque puede tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas en el trámite o procedimiento administrativo correspondiente. Estos terceros interesados, o terceros administrados como se los conoce también en la doctrina, 'son aquellos que pueden ser afectados por la resolución a emitirse en el procedimiento administrativo, sin que formen inicialmente parte del procedimiento'.

Es así que el no considerar a los terceros legítimos interesados dentro del proceso administrativo, constituye una violación al debido proceso.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, definió el debido proceso como: "...el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley" (SSCC 1044/2003-R 418/2000-R, 1276/2001-R, 917/2003-R, 842/2003-R, 820/2003-R, entre otras).

De igual modo la Ley 2341 de "Procedimiento Administrativo", artículo 4 refiere que; "La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:.. c) Principio de sometimiento pleno a la Ley.- La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley..., g) principio de legalidad y presunción de legitimidad.-La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, **asegurando a los administrados el debido proceso.**"

La Sentencia Constitucional 136/2003-R de 6 de febrero precisó que: "El art. 16.IV de la Constitución Política del Estado, consagra la garantía del debido proceso, expresando que 'Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal', de lo que se extrae que la Ley Fundamental persigue evitar la imposición de una sanción, o la afectación de un derecho, sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal contenidos en la Constitución y las leyes que desarrollan tales derechos, garantía que conforme a la jurisprudencia sentada por este Tribunal, alcanza a toda clase de procesos judiciales o administrativos.

Otro rasgo de sometimiento al derecho está referido a que la administración pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes a lo previsto en la norma que lo regula conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley N° 2341 cuando indica: "La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley".

Ahora bien, compulsados los expedientes administrativos, encontramos, que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a tiempo de la emisión de los actos administrativos fundamentales dentro del proceso sancionador, **no ha notificado a los terceros legítimos interesados**, cuales son la empresa (...). y el Sr. (...), olvidándose de esta manera de su obligación de hacerles conocer, para que los mismos puedan hacer valer sus derechos y presentar sus alegatos.

Esta situación, deja una clara evidencia, que dicha Autoridad Supervisora, ha violado el principio fundamental del debido proceso, al no haber permitido que los terceros legítimos interesados presenten sus alegatos, su defensa, vulnerando

de esta manera las garantías de orden constitucional, como son los Derechos al Debido Proceso y el Derecho a la Defensa.

Sin embargo, debe a su vez dejarse en claro que el hecho de que (...) S.R.L. presentará Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB N° 0048/2009 que fue resuelto por la ASFI a través de la **Resolución ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009** que confirmó el artículo dos de la Resolución Administrativa SB/0048/2009 que ha dado lugar al presente Recurso Jerárquico, demuestra que el recurrente tomó conocimiento de la Resolución Administrativa sancionatoria, sin embargo y como se señaló en el párrafo anterior, la SBEF ha juzgado y sancionado sin haber seguido el debido proceso, debido que no hizo conocer a dicha empresa, los principales actuados administrativos, para que pueda presentar sus alegatos y defensa, más aún si la sanción impuesta incluye una restricción para la misma.

Peor aún, en el caso del Sr. (...) se tiene que no solo no fue notificado con la Resolución Administrativa SB N° 0048/2009, sino tampoco con la Resolución Administrativa ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009 que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por (...) SRL., ni con Resolución Administrativa ASFI N° 014/2009 de 26 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por los directores y Ejecutivos del (...)SA..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009 de 30 de noviembre de 2009).

T.1.2. De la participación del Tercero Interesado

"...El Sr. (...) a tiempo de presentar diferentes actuados procesales, solicita en forma expresa se dicte Resolución ordenando la entrega inmediata de sus aportes de participación más intereses bajo prevenciones de procederse a la intervención y liquidación de (...).

Como se dijo anteriormente si bien es cierto que el peticionante tiene todo el derecho que la ley le asiste a realizar peticiones, no es menos cierto que dichas peticiones deben ser realizadas dentro del marco de las competencias atribuidas a los diferentes órganos administrativos y jurisdiccionales para obtener un pronunciamiento conforme a derecho en el marco de sus funciones, atribuciones sin poder extralimitarse en lo que la competencia regula de acuerdo al principio de separación de funciones que al efecto corresponde desarrollar:

El principio de separación de funciones, conocido también en la doctrina clásica como el principio de división de poderes, implica la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales para el ejercicio del poder, de manera que esa distribución se constituya en una limitación para cada órgano de poder el que sólo podrá ejercer las potestades que forman parte de su competencia.

La separación de funciones tiene como objetivo central evitar el abuso de poder y preservar la libertad, evitando la concentración del poder político en un solo órgano; de manera que, para lograr ese objetivo las diferentes funciones inherentes al ejercicio del poder del Estado, son distribuidas a los diferentes órganos.

En este contexto, la función administrativa se encuentra delegada al ahora Órgano Ejecutivo y la función judicial al ahora Órgano Judicial con funciones y atribuciones diferentes, por lo que sus competencias no son las mismas y cualquier pronunciamiento de cualquiera de estos, se lo debe realizar dentro de las limitaciones que su competencia lo exige.

Siguiendo este precepto, La Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 5, párrafo I, determina que: "Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias"; en este contexto la actividad regulatoria se encuentra normada por una serie de disposiciones legales encargadas de regular la actividad administrativa de los sujetos sometido a su regulación no pudiendo extralimitarse en sus funciones, atribuciones ni competencias bajo pena de nulidad del acto y posterior responsabilidad.

Desde este punto de vista normativo, la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros no tiene restringida su labor **regulatoria, fiscalizadora y de supervisión** de velar por la transparencia del sistema, la armonía del mercado, el cumplimiento de la ley y la protección de los consumidores; empero no es parte de una labor regulatoria y de supervisión el pronunciarse sobre aspectos de resarcimiento de daños civiles que se hubiesen ocasionado los regulados fuera del ámbito de la regulación.

Precisamente, es obligación del Estado poner a disposición de los ciudadanos todos y cada uno de los mecanismos legales para que estos pretendan hacer valer sus derechos ante autoridad competente, no pudiendo dirimirse todas las pretensiones que los sujetos de derecho pretenden hacer valer ante una sola autoridad y/o un órgano de poder ya que por la naturaleza de los hechos y el derecho será competente más de una autoridad, con la facultad de solicitar la cooperación de las otras instancias legales (administrativas, judiciales, electorales, sociales, etc.).

Dentro del ámbito administrativo y de regulación sobre el mercado de valores, debe observarse que en determinados casos –como el presente- la controversia puede surgir entre el cliente o usuario del servicio y la entidad que lo presta sujeta a regulación, donde el objeto de la denuncia fue el perjuicio económico que sufre el cliente ((...)) por la administración de las cuentas, aspecto que no le atribuye al órgano de regulación la competencia para disponer sobre aspectos de orden civil, sino investigar mediante los mecanismos de control y fiscalización si el regulado cumplió con las disposiciones legales del derecho regulatorio, el mercado regulado bajo pena de imponer sanciones y multas a los incumplimientos realizados.

Para terminar el presente análisis, es necesario resaltar que de acuerdo a los antecedentes presentados por el Sr. (...), a esta instancia jerárquica, se colige que existen acciones judiciales con el propósito de dirimir la pretensión del denunciante sobre la devolución de sus aportes de participación de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04 a (...), aspecto que corrobora que quien es competente para dirimir dicho conflicto no es la instancia administrativa.

Por lo expuesto, de acuerdo a lo alegado por (...) esta instancia jerárquica administrativa no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos de competencia civil, habiendo dentro el marco del derecho administrativo regulatorio realizar una compulsa y análisis del regulado sobre el cumplimiento de las normas de regulación que atinge al mercado en particular (que en el presente caso es el de valores), y menos aún sobre una resolución que resuelve una **medida preparatoria** de demanda, que como su nombre señala permitirá al Sr. (...), iniciar las acciones legales que en derecho le corresponda ante jurisdicción en la que solicito la medida preparatoria.

Sin perjuicio de la compulsa realizada, la competencia de esta instancia jerárquica se encuentra plenamente establecida conforme lo dispone el artículo 1º inciso III de la Ley No. 3076 de 20 de julio de 2005 que modifica la ley de Procedimiento No. 2341 en la que establece: "...la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" (hoy Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), tiene competencia privativa e indelegable para conocer y resolver los recursos jerárquicos contra las Resoluciones del (...) Superintendente de Pensiones Valores y Seguros (ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones)..." De ello se infiere que la competencia del órgano jerárquico se limita al control de legalidad y legitimidad de los actos emitidos por los entes de regulación sectorial-financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y demás entidades de intermediación financiera.

En este sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tiene competencia alguna para deliberar ni pronunciarse sobre aspectos que no se encuentran dentro el marco de su competencia..."

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009 de 4 de diciembre de 2009).

T.1.3. Sobre la citación de los Terceros Interesados

"...Se ha podido evidenciar que, si bien la Ex SPVS notificó con la Resolución Administrativa SPVS-IP N° 336/09 a los directos interesados, operadores del SSO: AFP's, Compañías de Seguros y Entidad Encargada de Calificar, sin embargo omitió notificar a los Médicos Calificadores registrados en la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y a los postulantes de registro que rindieron examen de habilitación en la gestión 2006 o en su caso médicos, en su calidad de terceros interesados indeterminados.

Asimismo se ha evidenciado que, el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Entidad Encargada de Calificar contra la Resolución Administrativa SPVS IP N° 336/09 tampoco fue notificado a los terceros interesados, ni directos ni indirectos.

Aunque el artículo 25, parágrafo I del Decreto Supremo N° 27175, invocado por el ente regulador en la nota AP/DJ/1663/2009 de 3 de diciembre de 2009, establece que las Resoluciones de alcance general **podrán** (potestativo) ser publicadas en un periódico de circulación nacional, no debe olvidarse que las normas se interpretan y aplican en su conjunto, es así que la Ley 2341 al determinar la validez y eficacia de los actos jurídicos en el artículo 33, romano VI dispone que: "cuando

*los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el domicilio de ellos, o intentada la notificación, ésta no hubiera podido ser practicada, la notificación **se hará** (imperativo) mediante **edicto publicado** por una vez en un órgano de prensa de amplia circulación nacional o en un medio de difusión local de la sede del órgano administrativo”, se advierte entonces que no es potestativo de la autoridad administrativa, notificar el acto que interese a un particular o a un tercero, pues su conocimiento es una condición de seguridad jurídica, requisito indispensable para el cumplimiento de las normas y cabal funcionamiento de un estado de derecho. Lo contrario equivaldría a consagrar la arbitrariedad, ya que en tales condiciones la administración podría tomar determinaciones secretas en perjuicio de terceros interesados quienes al no haberse enterado oportunamente no podrían defenderse. El hecho de que el acto se notifique al particular directamente interesado, pero no al tercero también interesado, puede dar lugar a la ejecutoria del acto administrativo en perjuicio de terceros de buena fe. (Las negrillas y la aclaración contenida en los paréntesis corresponden a la presente Resolución Ministerial Jerárquica)...”*

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2010 de 2 de marzo de 2010).



V.1. Validez de los actos administrativos

“...Siguiendo a Andrés Serra Rojas (“Derecho Administrativo”, primer curso pag. 255 a 237), se tiene que: “En todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares. Estos actos ‘tienden a crear una situación jurídica nueva, a modificar una situación existente o a suprimirla”

El mismo autor hace una clasificación de los elementos del acto administrativo en subjetivos, objetivos y formales; interesando al caso que se analizará únicamente los segundos, es decir los elementos objetivos.

Los elementos objetivos, dice: “comprenden: Presupuesto de hecho, objeto y fin”

“a) **El objeto o contenido** determinado por el efecto práctico producido de inmediato o directamente por el acto,... declaración de voluntad contenida en el acto”.

b) **El motivo que es antecedente o presupuesto** que precede al acto y lo provoca, es decir, su razón de ser o razones que mueven a realizar el acto”.

“c) **La finalidad** es el propósito de interés público contenido en la ley. Martín Mateos lo llama ‘el para qué’ del acto administrativo”

En coherencia con los principios y la doctrina antes anotados, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que:

“Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidad establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo”

A su turno el artículo 28 de la citada norma adjetiva señala que, son elementos esenciales del Acto Administrativo los siguientes:

“a) **Competencia:** Ser dictado por autoridad competente

b) **Causa:** Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”

c) **Objeto:** El objeto debe ser cierto, lícito y **materialmente posible**

d) **Fundamento:** Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y

f) **Finalidad:** Deberá cumplirse con los fines previstos en el ordenamiento jurídico”.

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2009 de 22 de octubre de 2009).

V.2. De la petición del Derecho probatorio La verdad material

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

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2010 de 18 de enero de 2010).

V.3. De la valoración de la prueba

"...Con carácter previo a ingresar a los argumentos de fondo presentados en los memoriales de los Recursos Jerárquicos interpuestos, es necesario pronunciarse sobre las infracciones al procedimiento administrativo acusadas por ambos recurrentes, en cuanto a la debida fundamentación y consiguiente valoración de la prueba al ser este acto determinante para la decisión que debe adoptar cualquier juzgador, en todos los ámbitos y en especial en el procedimiento administrativo.

El Principio de Motivación, conforme dicta la doctrina, la jurisprudencia, los precedentes administrativos y la propia normativa administrativa (Artículo 28, incisos b) y e), Artículo 16 de la Ley No. 2341, Artículo 17 parágrafo II, inciso d) del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175) , determina que la Administración Pública se encuentra obligada a emitir los actos administrativos con la debida fundamentación, especificando de forma clara y específica los fundamentos por el cual emite su decisión.

Entonces, la motivación de todo acto administrativo, constituye el elemento esencial, consagrado en nuestra economía jurídica administrativa, que permite al administrado contar con la garantía y seguridad jurídica del proceso que se lleva, ya que le permite conocer de manera clara e inequívoca las bases por las cuales la Administración ha emitido su decisión.

Por lo que, en todo proceso administrativo y en especial en uno sancionatorio, conforme concluye uniformemente la doctrina, la motivación de los actos debe encontrarse en cada acto administrativo que se emita, ya que la fundamentación que motiva la imposición de la sanción, el carácter de la misma en relación a la infracciones cometidas, permitirá al administrado, poder ejercer correctamente el derecho a la defensa y poder advertir si se ha o no violado su derecho subjetivo o cumplido cabalmente la normativa.

Es así que la Autoridad Administrativa a tiempo de resolver un Recurso debe guiar sus actos objetivamente, seleccionando las pruebas que puedan tener valor cognoscitivo, separándolas de aquellas que no la tienen y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales.

Lo dicho precedentemente implica que la Autoridad Administrativa tiene el deber preciso de extraer de las pruebas los factores epistémicos aceptables, para que a

partir de ello construir inferencias racionales fundadas sobre reglas de valoración que deben ser claramente identificables por la propia autoridad.

Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba.

No se debe olvidar que el Derecho Administrativo está orientado a la búsqueda de la verdad material, empírica o histórica, donde la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para una justa decisión, la que sin duda estará inclinada a dos fases de razonamiento, la decisoria y la justificatoria, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos extraídos de la prueba analizada y de las normas aplicables.

Corroboro lo dicho, Wróblewski ("Sentido y Hecho" en el derecho, trad. Española, San Sebastián, 1988, p.61 y ss.) al decir:

" (...) El juez que no justifica sus propias decisiones en la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae al control externo de las razones por la que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. Es claro, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones".

Es así que la motivación al ser la garantía del administrado al debido proceso, obliga al regulador a otorgar decisiones fundadas o motivadas como se dijo, pero considerando todas y cada una de las peticiones del solicitante, recurrente, tercero interesado, etc.

*La falta de fundamentación o motivación de una o varias las peticiones o solicitudes o argumentaciones presentadas por el recurrente, viola el debido proceso y las garantías del administrado, por lo que la Administración Pública se encuentra obligada a atender **todas** las solicitudes formuladas en los Recursos de impugnación, mediante pronunciamientos fundados y motivados de la aceptación o rechazo de las pretensiones solicitadas.*

*Aplicando lo antedicho al caso concreto se observa que las Resoluciones Administrativas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no han motivado y fundamentado las pretensiones y argumentaciones de los recurrentes y participantes del proceso, ni ha valorado correctamente la prueba **hecho que ha sido expresamente alegado por ambos recurrentes en los memoriales de Recursos Jerárquicos presentados**, conforme se puede evidenciar de la transcripción *up supra* de los principales actos administrativos, y serán analizados en el inciso 2 siguiente..."*

(Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2010 de 17 de marzo de 2010).

V.4. De la vigencia de la Norma

“...La ASFI refiere que la emisión del nuevo Manual de Cuentas que entró en vigencia el año 2007, dejó sin efecto la carta SPVS/IV/C-0774/2004 de 15 de diciembre de 2004 por ser una disposición de alcance general y jerárquicamente superior a cualquier otra instrucción.

Es cierto que dentro la jerarquía normativa emitida por los entes de regulación, una Resolución Administrativa de carácter general o particular se encuentra por encima de una carta; sin embargo es importante recordar que, la norma que dio origen a la nota SPVS/IV/C-0774/2004 de 15 de diciembre de 2004 es la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 410 de 30 de diciembre de 1999, norma de igual rango a la actual y que fue modificada parcialmente a través de posteriores Resoluciones Administrativas.

Por otra parte, toda vez que los actos administrativos emanan de la administración pública las autoridades que se encuentran en ejercicio de la función pública que les confiere la ley, no pueden modificar o revocar los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas individuales y concretas (salvo el caso de que hayan sido emitidos ilegalmente) ya que no debe olvidarse que la firmeza de estos actos garantiza la seguridad jurídica de la cual no pueden disponer de modo arbitrario los funcionarios.

Según lo visto a fs. 190-193 es claro que la carta SPVS/IV/C-0774/2004, creó una situación jurídica y concreta a favor de la Bolsa Boliviana de Valores S.A., otorgando un plazo de 10 años, a partir de la implementación (que este caso fue el año 2007), para que amortice los cargos diferidos originados por el Sistema Mercado Electrónico de Negociación Bursátil, situación que a pesar de la emisión de la nueva norma no puede ser modificada por encontrarse firme hasta su conclusión, es decir hasta el año 2017; porque como es obvio, si una situación jurídica se ha consolidado bajo una norma de regulación anterior, no existe un conflicto de normas, como tampoco lo habrá cuando los hechos y situaciones que deban ser regulados se presenten en su integridad durante la vigencia de la nueva norma regulatoria.

La ASFI no ha considerado que la garantía que permite solucionar un conflicto de normas en el tiempo, es la irretroactividad, según la cual la norma nueva rige para todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, lo que permite que se respeten los derechos, hechos y relaciones jurídicas formados de manera válida bajo el imperio de una anterior. Esta prohibición de retroactividad encuentra su razón de ser en el mantenimiento del orden público, pues otorgar, como pretende el órgano regulador, efectos retroactivos a las normas nuevas, significaría destruir la confianza y la seguridad que se tiene en las normas jurídicas por parte de los regulados del mercado de valores a los cuales se aplican tal norma regulatoria

El entendimiento jurídico glosado se confirma con la jurisprudencia constitucional señalada por la Sentencia Constitucional 0069 de 8 de agosto de 2006 al expresar que : “(...) Con relación a los derechos adquiridos, cabe recordar que este Tribunal, en su SC 1421/2004-R, de 6 de septiembre, ha expresado la siguiente doctrina jurisprudencial: ‘(...) **según la doctrina se entiende que los derechos**

adquiridos o constituidos aquellos derechos que han entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hacen parte de él, y que por lo mismo, no pueden ser arrebatados o vulnerados por quien los creó o reconoció legítimamente, dicho de otra manera, son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Se entiende que en el marco del principio de la seguridad jurídica, tales derechos deben ser respetados íntegramente mediante la prohibición de que las leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente' De la concepción doctrinal expuesta, se deduce que la teoría de los derechos adquiridos emerge del principio de irretroactividad de la ley; (...)" (las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La recta interpretación de este punto lleva a concluir que el cargo N° 8 debe ser revocado por cuanto la Bolsa Boliviana de Valores cuenta con autorización expresa de la Ex SPVS para amortizar el valor del MEB en un plazo de 10 años a contar desde la implementación del Sistema MEB, por lo que no existiría vulneración alguna.

Adicionalmente y desde un punto de vista técnico, la ASFI debió considerar los efectos económico financieros sobre el regulado, toda vez que la inversión para el desarrollo de este proyecto de gran envergadura dependió de la autorización otorgada por el órgano regulador para la amortización, en un período suficientemente razonable para reconocer el gasto erogado y no afectar materialmente la posición económica y financiera y en particular los resultados de las gestiones posteriores a la implementación del proyecto de la BBV S.A.. La decisión del órgano regulador de acortar el período de amortización del proyecto de 10 a 4 años determina efectos materiales sobre la exposición de los resultados de los períodos involucrados, más aún si se compara el monto invertido con el patrimonio de la entidad..."

Resolución Ministerial Jerárquica MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2010 de 29 de junio de 2010).